LA
LEY PENAL.

ESTUDIOS PRÁCTICOS

SOBRE LA

INTERPRETACION, INTELIGENCIA Y APLICACION

DEL

CÓDIGO DE 1870,

EN SU RELACION

CON LOS DE 1848 Y 1850, CON NUESTRAS ANTIGUAS LEYES PATRIAS Y CON LAS PRINCIPALES LEGISLACIONES EXTRANJERAS,

POR

D. MANUEL AZCUTIA,

Abogado Fiscal primero del Tribunal Supremo.

MADRID
LIBRERIAS DE A. DE SAN MARTIN,
EDITOR.
PUERTA DEL SOL, 6, Y CARRETAS, 39
El Libro de Oro.
1876

PRÓLOGO.

Sin otra pretension, en cuanto tiene de legítima, que la de contribuir por nuestra parte, aunque con escasas fuerzas, al mejoramiento de nuestros modernos Códigos, nunca definitivamente concluidos, damos hoy al público el primer tomo de esta obra, á la que hemos venido dedicando constantemente nuestras horas de descanso, y para cuyo trabajo, dicho sea de paso, no hemos escatimado un solo minuto al no breve tiempo que el desempeño de nuestro cargo oficial, en todos conceptos, nos exige.

No nos pesa.

Convengamos, sin embargo, en que se necesita toda la fé de un verdadero creyente para escribir hoy en nuestro país de asuntos de justicia.

Deja tanto que desear por aquí la de los hombres, que á no ser por el empeño con que todos á una voz, acaso para engañarnos á nosotros mismos, la pregonamos, la enaltecemos y ensalzamos, difícil cosa seria averiguar con exactitud por dónde anda.

Y no á fé porque no se registren en todas nuestras leyes, antiguas y modernas, muy sabios preceptos, base esencialísima de la misma, sino por lo mal que se respetan; por lo

muy escasamente que, salvas honrosas excepciones y por punto general, se estudian; por la muy grande indiferencia con que se interpretan y por el poquísimo interés con que se aplican.

Esta es la verdad, por mucho y más que sea verdad amarga: de esas verdades, que no deben decirse y que, sin embargo, no pueden callarse.

Nosotros, que hemos tenido y tenemos y guardamos en nuestro corazon y procuraremos conservar siempre el sentimiento de lo verdadero, como tenemos y guardamos tambien el de lo justo, no hemos de ocultar hoy, al dirigir al público y sobre todo á nuestros compañeros de profesion, estas cuatro líneas, y por más que nuestros compañeros lo sepan tambien y lo conozcan, cuanto respecto de este punto pensamos y creemos.

¡Desdichado el pueblo donde la justicia vive constantemente combatida por los partidos y á merced de la política: donde la voz del interés particular, traspasando el umbral de los tribunales, ahoga la voz y se sobrepone al interés sagrado de la ley: donde la inamovilidad del magistrado es un sarcasmo jurídico: donde la responsabilidad judicial es una quimera!

No decimos esto tan en absoluto por España y hasta el punto de que se le pueda aplicar en toda su extension y sin limitacion alguna; pero preciso es confesar que no le anda tan lejos, que podamos hacernos en su favor grandes ilusiones.

Cerca de medio siglo hace que bajo el aparente, siempre laudable, propósito de estirpar la arbitrariedad, se viene legislando entre nosotros sobre nombramientos y separa-

cion de jueces y magistrados, y ello es que hasta ahora la arbitrariedad subsiste en todo su horrible poderío, y prevalece y se sobrepone á las leyes escritas, que desaparecen y dejan hueco á instintos y principios de otra índole, donde siempre va envuelto y se revela el interés particular ó de partido.

No es esta, por cierto, la mejor manera de moralizar el foro ni de llevar á la curia la enseñanza legal, de que tanto, por desgracia, ha menester, afianzando, por medio de un buen sistema legislativo, progresiva y prudentemente mejorado, pero no de una sola plumada destruido, cuanto el interés de la justicia exige y contra sus malos administradores hace falta.

¡Qué extraño, pues, cuando decretos matan leyes, y esos mismos decretos caen luego en desuso, y el principio venerando de la inamovilidad, tanto en los tiempos de los monarcas absolutos enaltecido y ponderado, como acariciado en nuestro moderno derecho político, sucumbe mortalmente lastimado, allí donde parecia estar más asegurado y garantido; qué extraño ciertamente, que los que profesamos un verdadero amor á la justicia y queremos y deseamos su independencia á todo trance, y odiamos toda arbitrariedad y toda tiranía, haciendo abstraccion completa de toda otra idea, que no tenga relacion con los tribunales, traigamos con íntima satisfaccion á la memoria la fecha del 8 de Mayo de 1873, y como leccion de provechosa enseñanza y como digno ejemplo de laudable intencion y de celo innegable la citemos!

Pero si ha sido, dadas las últimas reformas, bien que por la premura del tiempo y por la falta de preparacion ni

completas ni perfectas, inspiradas á lo ménos—que así es de pensar seguramente—en un criterio superior á todo instinto y pensamiento de partido; si ha sido que hasta ahora, en medio de esas deshechas borrascas que durante estos últimos años hemos corrido, todos los gobiernos de todos los matices vinieron respetando en ellas los primeros elementos positivos de la organizacion del poder judicial, de que eran ya la más firme garantía, roto una vez ese lazo de union entre todos los que de buena fé y con sana intencion las aceptaron, ni ha de ser fácil tarea la de conciliar de nuevo los ya tan dispersos intereses, ni posible adivinar hasta dónde podrán llegar más adelante las desdichas, que el porvenir de la justicia encierra.

Poco atinado parece, por lo tanto, ya que no temerario ó tal vez cándido, esto de consagrar nuestro tiempo y nuestra inteligencia al exámen y estudio de las leyes de hoy, que positivamente han de caducar mañana.

Ello es, no obstante, que nace, á veces, y crece y se desarrolla en el hombre cierta predisposicion instintiva, que, subyugando su voluntad, lo lleva sin resistencia donde acaso no quisiera, por más que, sin quererlo, sea su gusto.

Ingenuamente lo decimos.

Despues de más de treinta años que llevamos de vestir la toga, cuando la mayór parte de ese tiempo hemos venido viviendo la vida oficial de los tribunales, consagrados exclusivamente al estudio del Derecho, rodeados siempre de procesos y sin otra aspiracion, en el cumplimiento de nuestro deber, que el deseo del acierto y el interés de la justicia, ni sabemos ni podemos respirar en otra atmósfera, como no puede el pez respirar fuera del agua, ni los desengaños, uno

cada dia, ni las ilusiones, de más en más perdidas, son ya bastantes á cambiar la índole de nuestra existencia ni nos pueden llevar á otro terreno.

Esta es, por lo tanto y en verdad, la historia de este libro.

Quizá, quizá, si motivos y circunstancias especiales, si razones de amistad y reparaciones expontáneas de ofensas y agravios atrasados no nos hubieran sacado últimamente del retiro y de la pacífica soledad de nuestro bufete, al cual habíamos vuelto más bien con gusto que con enojo ó con despecho, quizá el Código de 1870 no habria venido á nuestra memoria y nos hubiéramos dedicado con preferencia á otras tareas.

Ha sucedido, sin embargo, lo contrario.

La constante necesidad de estudiar sus preceptos, para pedir y sostener con la posible claridad su más exacta aplicacion; nuestra propia aficion, que no negamos, y las diarias discusiones sobre su verdadera inteligencia en lo nuevo, y en lo que con el antiguo tiene relacion y analogía, nos movieron por fin á estos trabajos, que hemos procurado combinar segun nuestra escasa inteligencia, pero siempre con la detencion, con el estudio, con la rectitud de miras y con la imparcialidad, que harto hemos demostrado en las diferentes obras jurídicas, que con anterioridad á esta llevamos publicadas.

Aunque corrientes tambien, y ya en su mayor parte preparados los datos, asuntos y materias, que del tomo segundo han de ser objeto, forzoso nos ha sido el aplazarlos, puesto que refiriéndose al segundo libro del Código penal, su anunciada próxima reforma, á nueva comision encomen-

dada, podria en algunos de sus principales extremos esterilizar nuestras tareas; inconveniente que no hemos creido encontrar en el primero, donde la doctrina, el pensamiento, el espíritu, la filosofía de todos sus artículos, por mucho y más que quieran variarse, tienen que ser siempre los mismos.

En cuanto al plan y objeto de nuestro trabajo, si por fortuna tuviéramos la seguridad de haber acertado en su ejecucion y desempeño, no habria para qué manifestar su utilidad, desde el momento en que tienden á la interpretacion práctica, basada en la experiencia, y por medio de ejemplos históricos, y á la aplicacion comparada, clara, fácil y sencilla de cuantas disposiciones la ley penal contiene.

La ley penal, en toda su extension: no pura y exclusivamente por lo que toca al Código de 1870, siquiera sea este su base primera y el fin principal de nuestro estudio, sino con relacion á los anteriores—1850—1848—1822— y á todas nuestras antiguas leyes patrias, y á las más conocidas y más sábias legislaciones extranjeras; porque nada tan conveniente, á nuestro parecer, y acaso tan preciso, para su mejor inteligencia y más clara enseñanza, como la comparacion metódica y razonada, artículo por artículo, materia por materia, de cuantos preceptos, por su similitud ó analogía, constituyen el científico organismo de esos antiguos y sagrados libros, amparo siempre y garantía de toda sociedad civilizada.

No hemos usado intencionadamente de la palabra *comentarios*, porque no ha sido nuestro ánimo, ni nos hemos creido con autoridad bastante para glosar y declarar el ver-

dadero espíritu y la interpretacion auténtica de la ley; porque hemos querido huir de todo término de comparacion, que siempre nos habria venido á ser desfavorable; por no seguir huellas de otros—que esto nos enoja—y porque apartándonos de la esfera de las teorías, donde tanto han podido brillar el ingenio y la ciencia de los sábios comentaristas, que con más alto vuelo, más se han remontado y han ido más lejos—demasiado acaso—nos hemos encerrado en el terreno de la práctica, que es el nuestro propio, y en el cual hemos creido encontrar la razon de estos estudios y la verdadera utilidad de nuestro libro.

No sabemos, pues, si su resultado habrá correspondido á la voluntad, al pensamiento, al celo y al deseo con que lo hemos emprendido, pero conste al ménos que nuestra intencion ha sido buena.

Y conste todavía con más razon, porque cuando, en ocasiones anteriores ni una sola palabra de benevolencia y agrado hemos merecido en las altas regiones oficiales, donde todo al contrario, con tan grande indiferencia se han mirado nuestras demás obras de esta clase, segun y como tuvimos la triste necesidad de consignar en el preámbulo de *La jurisdiccion real*—edicion de 1865—con relacion al *Derecho criminal*—1862—no sabemos, aparte nuestra aficion y nuestra fé, cuál otro habria podido ser nuestro estímulo para tomar la pluma nuevamente, si en la una y en la otra no hubiéramos merecido una señaladísima aprobacion por parte del público, que agotó en poco tiempo dos numerosas ediciones, y á cuya bondad únicamente y por toda aspiracion nos volvemos á recomendar en estas líneas.

INTRODUCCION.

MATERIAS CONTENIDAS POR SU ÓRDEN CORRELATIVO

EN EL PRIMER LIBRO DEL CÓDIGO.

Delitos y faltas.
Exencion de responsabilidad criminal.
Circunstancias atenuantes.
— agravantes.
— mixtas.
Responsabilidad criminal.
— civil.
Penas en general.
— aflictivas.
— correccionales.
— leves.
— comunes.
— accesorias.
Duracion de las penas.
Efectos de las penas.
Relacion entre las penas principales y accesorias.
Aplicacion de las penas.
— segun sus circunstancias.
Ejecucion..... } De las penas.
Cumplimiento. }
Penas principales.
— accesorias.
— por quebrantamiento de sentencia.
— por delitos nuevos.
Extincion de la responsabilidad penal.

ÓRDEN ALFABÉTICO.

Aplicacion de las penas.
Aplicacion de las penas, segun sus circunstancias.
Circunstancias atenuantes.
— agravantes.
— mixtas.

SÍNTESIS GENERAL.

DELITOS Y FALTAS.

Acciones voluntarias consumadas.........	Penadas por la ley.
— frustradas.....................	Penadas por la ley.
— intentadas.....................	Penadas por la ley.
— voluntarias graves.............	Penadas por la ley.
— ménos graves.................	Penadas por la ley.
— leves.........................	Penadas por la ley.
Omisiones voluntarias.................	Penadas por la ley.

Acciones voluntarias punibles, no penadas por la ley.

Conspiracion.................	Para la ejecucion de estos actos.
Proposicion..................	Para la ejecucion de estos actos.

EXENCION DE RESPONSABILIDAD.

Por imbecilidad.
Por demencia.
Por edad.
Por defensa propia ó derechos propios, en agresion ilegítima, sin provocacion y con necesidad racional del medio empleado para ella.
Por defensa de la persona ó derechos de ascendientes, descendientes, cónyuges ó hermanos con iguales condiciones.
Por defensa de la persona ó derechos de un extraño, verificada dentro de la ley.
Por evitar un mal cierto y mayor.
Por fuerza irresistible.
Por miedo insuperable á igual ó mayor mal.
Por cumplimiento de un deber.
Por ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo.
Por obediencia debida.
Por causa legítima é insuperable, en el caso de omision punible.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

Edad menor de 18 años.
Falta de intencion con relacion al mal causado.
Provocacion inmediata.
Vindicacion próxima de ofensa propia grave.
Vindicacion próxima de igual ofensa al cónyuge, ascendiente, descendiente ó hermano, afin, adoptivo ó natural.
Embriaguez habitual.
Arrebato y obcecacion.
Cualquiera otra de igual entidad y análoga, y tambien las eximentes, cuando no llenan todos los requisitos necesarios.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

Alevosía.
Mediacion de precio, promesa ó recompensa.
Inundacion, ó incendio, ó veneno, como medio; ó varamiento de nave, ó descarrilamiento de locomotora, ó cualquiera otro artificio ocasionado á grande estrago.
Aumento deliberado y sin necesidad del mal propio del delito.
Premeditacion conocida.
Disfraz, astucia ó fraude.
Abuso de superioridad.
Abuso de confianza.
Abuso de carácter público.
Empleo de medios que al mal del delito añadan la ignominia.
Aprovechamiento de incendio, naufragio ú otra calamidad ó desgracia.
Auxilio de gente armada.
Auxilio de personas que traten de asegurar la impunidad.
La noche....... } Buscados de propósito.
El despoblado. }
Desprecio ú ofensa de autoridad.
Castigo anterior por delito de igual ó mayor pena.
Castigo anterior por dos ó más delitos de los que tienen señalada por la ley pena menor.
Reincidencia.
Lugar de la ejecucion, por la consideracion ó respeto que merezca.
Ofensa ó desprecio de dignidad, sexo ó edad.
Escalamiento.
Rompimiento de pared, techo ó pavimento.
Fractura de puertas ó ventanas.
Vagancia.

CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.

- Parentesco legítimo, natural, adoptivo ó de afinidad entre cónyuges, ascendientes, descendientes ó hermanos.
- Empleo de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo de publicidad para el delito.

RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

- De autores......
  - Por participacion directa en la ejecucion del hecho.
  - Por fuerza ó induccion á otro para que lo verifique.
  - Por cooperacion con un acto, sin el cual no se hubiera efectuado.
- De cómplices....
  - Por cooperacion no inmediata ni directa.
- De encubridores.
  - Por intervencion posterior en el hecho punible, con aprovechamiento propio ó auxilio á los delincuentes para que aprovechen sus efectos.
  - Por ocultacion ó inutilizacion del cuerpo, efectos ó instrumentos del delito.
  - Por ocultacion ó albergue del culpable, si éste lo es de traicion, regicidio, parricidio, asesinato ó reo conocidamente habitual de otro delito, ó con abuso de funciones públicas por parte del encubridor.
  - Por proporcionar en iguales condiciones la fuga del culpable.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

- Directa............
  - Del autor.
  - Del cómplice.
  - Del encubridor.
- Subsidiaria......
  - De los curadores, guardadores ó tutores.
    - Por el imbécil...........
    - Por el loco.............
    - Por el menor de 9 años...
    - Por el menor de 15 sin discernimiento..........
  - De los posaderos, taberneros, amos y maestros.
    - Por sus discípulos........
    - Por sus huéspedes. ......
    - Por sus oficiales.........
    - Por sus aprendices.......
    - Por sus dependientes.....
    - Por sus criados..........

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Subsidiaria....... { De la persona en cuyo favor se delinque, precaviéndole algun mal.
De la que hubiese producido el miedo, causa del delito. }

La responsabilidad civil lleva en sí estas condiciones:

Restitucion de la cosa misma, si es posible, objeto del delito.

Reparacion del daño causado.

Indemnizacion de perjuicios.

La restitucion obliga á un tercer poseedor, ménos en el caso de que la cosa, por los requisitos legales de su adquisicion, sea irreivindicable.

En cualquiera otra ocasion, le queda á salvo su derecho para repetir contra aquel, de quien con legítima validez la recibió.

El importe de la reparacion lo regula el tribunal, apreciando tambien en lo posible:

La entidad del daño causado.

El precio de la cosa.

El de afeccion del agraviado.

La indemnizacion de perjuicios, sujeta á igual regulacion, comprende:

Los que se refieren al perjudicado.

Los que, por razon del delito, se hubieren irrogado á su familia.

Los, en igual concepto, causados á un tercero.

La accion, en los tres casos, contra los herederos de la persona responsable se trasmite á los que lo sean del ofendido.

Si las personas responsables son dos ó más, el tribunal señala la cuota que corresponde á cada una.

Los autores, cómplices y encubridores, cada uno dentro de su clase, responden solidariamente entre sí, por las suyas respectivas, y subsidiariamente por los demás responsables insolventes.

La responsabilidad subsidiaria se hace efectiva por el órden natural siguiente:

Autores.

Cómplices.

Encubridores.

Cualquiera de estos que pague tiene á salvo su derecho para repetir contra el otro ú otros que no pagan, por lo que á cada cual de ellos corresponda.

El resarcimiento obliga tambien, en proporcion de lo adquirido, á cualquiera otro partícipe por título lucrativo de los efectos del delito.

No hay pena posible sin ley anterior que la señale.

Toda accion penable supone necesariamente el quebrantamiento de un precepto.

El precepto y la pena son correlativos entre sí.

Toda ley penal tiene siempre y en cualquiera ocasion efecto retroactivo, en cuanto favorezca al reo.

La accion penal, en los delitos públicos, no se extingue por el perdon del ofendido.

Las penas imponibles son de cuatro clases: aflictivas, correccionales, leves y accesorias, á saber:

PENAS AFLICTIVAS.

Muerte.
Cadena.......... } Perpétua.
Reclusion......... } Perpétua.
Relegacion........ } Perpétua.
Extrañamiento perpétuo.
Cadena.......... } Temporal.
Reclusion. .... } Temporal.
Relegacion. ...... } Temporal.
Extrañamiento.... } Temporal.
Presidio.......... } Mayor.
Prision.......... } Mayor.
Confinamiento.
Inhabilitacion absoluta perpétua.
Inhabilitacion absoluta temporal.
Inhabilitacion especial perpétua..................... } para { Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.
Inhabilitacion especial temporal..................... } para { Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.

CORRECCIONALES.

Presidio.......... } Correccional.
Prision.......... } Correccional.
Destierro.
Reprension pública.
Suspension. { De cargo público.
De derecho de sufragio activo y pasivo.
De profesion.
De oficio.
Arresto mayor.

LEVES.
Arresto menor.
Reprension privada.

ACCESORIAS.
Degradacion.
Interdiccion civil.
Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.
Pago de costas.

COMUNES.
La multa y la caucion son penas comunes á las tres clases anteriores.
La cuantía de la primera fija respectivamente su carácter.
De más de 2.500 pesetas, aflictiva.
De más de 125 hasta 2.500, correccional.
De ménos de 125, leve.

No son penas:
La detencion del procesado.
La prision preventiva.
La suspension de empleo ó cargo, durante la instruccion del procedimiento.
La multa gubernativa.
La correccion disciplinaria.
La privacion de derechos.
La reparacion en forma penal, segun la ley civil.

DURACION DE LAS PENAS
Las penas perpétuas deben durar siempre.
El lapso de treinta años, sin embargo, y la buena conducta durante el cumplimiento de las mismas, redime aquella condicion.
Todo rematado por condena indefinida puede, dentro de esas circunstancias, merecer y conseguir su indulto.
Las demás penas duran:

Cadena............... Reclusion............. Relegacion............ Extrañamiento.........	Temporal....	De doce años y un dia á veinte años.

DURACION DE LAS PENAS.

Presidio. Prision. Confinamiento	Mayor	De seis años y un dia á doce años.
Inhabilitacion absoluta. Inhabilitacion especial	Temporal	De seis años y un dia á doce años.
Presidio. Prision	Correccional	De seis meses y un dia á seis años.
Destierro		De seis meses y un dia á seis años.
Suspension. Arresto mayor		De un mes y un dia á seis meses.
Arresto menor		De uno á treinta dias.

La caucion no tiene duracion determinada, y queda al criterio y libre arbitrio de los tribunales.

La fecha del dia en que queda firme la sentencia condenatoria, respecto del reo de pena temporal, que se halla preso, fija aquel en que empieza el cumplimiento.

La de aquel en que queda á disposicion de la autoridad judicial, para el que se halla en libertad, si la privacion de ésta va en la pena, produce igual efecto.

La del dia mismo en que comienza á sufrir su condena es la que regula el tiempo del extrañamiento, confinamiento y destierro.

El recurso de casacion desechado no supone abono alguno por el tiempo que en él se haya invertido.

EFECTOS DE LAS PENAS.

INHABILITACION ABSOLUTA PERPETUA

Privacion de honores, empleos y cargos públicos civiles.
— de cargos populares.
Incapacidad para obtener estos y aquellos.
Privacion del derecho de elegir.
— de el de ser elegido.
Pérdida de todo otro derecho.
— de jubilacion.
— de cesantía.
— de cualquiera otra pension análoga, salva la alimenticia por servicios eminentes.

ABSOLUTA TEMPORAL

Privacion de honores, empleos y cargos públicos civiles.
— de cargos populares.

Incapacidad para obtenerlos. Privacion del derecho de elegir. — de ser elegido	Durante la condena.

EFECTOS DE LAS PENAS.

ESPECIAL PERPÉTUA.

Privacion del cargo ó empleo, objeto de la misma.
— de los honores anejos á él.
Incapacidad para obtener otros análogos.
Privacion de la facultad de ejercer la profesion ú oficio, orígen de la pena.
— del derecho de ser elegido para el cargo, que dá ocasion á ella.
— de elegir en igual forma.

ESPECIAL TEMPORAL.

Privacion del cargo ó empleo, objeto de la misma.
— de los honores anejos á él.
Incapacidad para obtener otros análogos.

Privacion de la facultad de ejercer la profesion ú oficio, orígen de la pena.... — del derecho de ser elegido para el cargo que dá ocasion á ella.... — de elegir en igual forma.	Durante la condena.

SUSPENSION.

Privacion del ejercicio de un empleo ó cargo público.......... Inhabilitacion para obtener otro de funciones análogas........... Privacion del derecho de sufragio. — de oficio ó profesion...	Durante la condena.

INTERDICCION CIVIL.

Privacion de los derechos de patria potestad........... — tutela .... — curaduría............ — consejo de familia..... — autoridad marital..... — administracion de bienes................ — de disponer de los propios por actos entre vivos..............	Durante la condena.

EFECTO DE LAS PENAS.

CAUCION.

Obligacion de un fiador por parte del penado:
Para que responda por él de que no ejecutará el mal que se quiere precaver.
Para que si llega á ejecutarlo, satisfaga la cantidad fijada al efecto en la sentencia.
La duracion de la fianza es prudencial.
Si el penado no la diere incurriria en la pena de destierro.

COSTAS.

Abono de derechos é indemnizaciones judiciales.
Reparacion del daño causado.
Indemnizacion de perjuicios.
Reintegros al Estado.

PRISION SUBSIDIARIA

Un dia por cada duro de lo que puedan importar:
La reparacion del daño causado.
La indemnizacion de perjuicios.
Las costas del acusador privado.
La multa.

RELACION ENTRE LAS PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS.

No hay responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia en las causas de penas aflictivas.

El producto de la venta de los efectos ó instrumentos del delito, si son de lícito comercio, se aplica á cubrir las responsabilidades del penado.

La relacion de las penas principales con las accesorias está en la proporcion siguiente:

En la de muerte, indultada:
Inhabilitacion absoluta perpétua.

En la de cadena perpétua:
Degradacion respecto de los funcionarios de carácter permanente.
Interdiccion civil.
Inhabilitacion perpétua absoluta.

RELACION ENTRE LAS PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS.

En las de reclusion, relegacion y extrañamiento perpétuos:
Inhabilitacion perpétua absoluta.

En la de cadena temporal:
Interdiccion civil.
Inhabilitacion absoluta perpétua.

En las de reclusion, relegacion y extrañamiento temporales; presidio mayor y confinamiento:
Inhabilitacion absoluta temporal.

En la de presidio correccional:
Suspension de todo cargo público, profesion, oficio ó derecho de sufragio.

En las de prision mayor, correccional y arresto mayor:
Suspension de todo cargo y del derecho de sufragio.

APLICACION DE LAS PENAS.

La ley penal va directamente contra el delito, que castiga.
El delito para el fin de la misma y por regla general, se entiende consumado.
La voluntad é intencion del delincuente determinan en absoluto la pena del hecho producido.
No siempre, sin embargo, corresponde el resultado á la intencion, causándose diverso delito de aquel que fué la voluntad.
El delito extraño al propósito del agente puede ser de pena mayor ó menor que el otro que quiso cometer.
Si de mayor, corresponde al culpable en su grado máximo la pena de aquel que se propuso.
Si de menor, la de aquel que resulta cometido, en igual grado.

La penalidad fijada en la ley se rebaja gradualmente:

En los delitos frustrados.
En las tentativas de delito.
En el encubrimiento.
En la complicidad.................. } De un delito frustrado.
En el encubrimiento................ }
En la complicidad.................. } De tentativa de delito.
En el encubrimiento................ }

APLICACION DE LAS PENAS.

Tomando por tipo regulador la pena del delito consumado, la rebaja se entiende en la proporcion siguiente:

Delito frustrado.................... Complicidad en delito consumado....	Un grado.
Tentativa de delito.................. Encubrimiento de delito consumado.. Complicidad en delito frustrado......	Dos grados.
Encubrimiento de delito frustrado.... Complicidad en tentativa de delito....	Tres grados.
Encubrimiento en tentativa de delito..	Cuatro grados.

El delito frustrado, la tentativa, la complicidad y el encubrimiento tienen, no obstante, en casos dados, pena especial dentro de la ley.

El encubrimiento, á su vez, cuando con abuso de funciones públicas se da albergue, se oculta ó se proporciona la fuga al delincuente, se castiga especialmente tambien con la inhabilitacion; perpétua especial, si fuere de delito grave; especial temporal, si ménos grave.

La composicion y descomposicion de las penas, para su graduacion y aplicacion, segun las diversas responsabilidades, que se determinan en la ley, siempre de mayor á menor, arrojan de sí el siguiente resultado:

De una sola indivisible, la inmediata inferior en número, segun su escala gradual.

De dos indivisibles, la imediatamente inferior á la segunda.

De una ó más divisibles, impuestas en toda su extension, la inmediatamente inferior á la menor.

De una ó dos indivisibles y del *grado máximo* de otra divisible, los grados *medio* y *mínimo* de esta última y el *máximo* de la siguiente, dentro de su escala.

De diversas penas divisibles en distintos grados, del que siga al *mínimo* de la misma, como *máximo*, y de los otros dos más inmediatos, como *medio* y *mínimo*.

Las formas no especialmente previstas se resuelven por analogía.

La pena incluida en dos escalas se gradua por aquella de las dos, en que con más amplitud se halle comprendido el hecho justiciable.

APLICACION DE LAS PENAS.

EJEMPLOS GENERALES.

PENA PRINCIPAL.	PENA INMEDIATA INFERIOR.
Muerte.....................	Cadena perpétua.
Cadena perpétua.............	Cadena temporal.
Cadena temporal............	Presidio mayor.
Presidio mayor..............	Presidio correccional.
Presidio correccional.........	Arresto mayor.
De cadena perpétua á muerte.	Cadena temporal.
Cadena temporal en su grado máximo á muerte.	Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio.
Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio.	Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.
Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.	Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio.
Arresto mayor en su grado maximo á presidio correccional en su grado medio.	Multa y arresto mayor en sus grados mínimo y medio.

APLICACION DE LAS PENAS SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O AGRAVANTES

En todos los delitos pueden concurrir circunstancias esenciales que los modifiquen.

Estas circunstancias pueden ser generales ó particulares, y en uno ú otro sentido, atenuantes ó agravantes.

Las atenuantes disminuyen la pena.

Las agravantes la aumentan.

Las atenuantes y agravantes, respecto de un mismo delito, se compensan.

Las atenuantes ó agravantes particulares, pueden consistir:

En la disposicion moral del delincuente.

En sus relaciones particulares con el ofendido.

En cualquiera otra causa personal.

No aumentan la penalidad las circunstancias agravantes:

Cuando por sí mismas constituyen delito especialmente castigado por la ley.

Cuando esta las expresa y toma en cuenta al definirlo.

Cuando son tan inherentes á él que constituyen su existencia.

APLICACION DE LAS PENAS SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O AGRAVANTES.

Hay además algunas otras, que consisten en la ejecucion material del hecho punible ó en los medios empleados para realizarlo.

En ambos casos solo aprovechan ó perjudican á aquellos que las conozcan desde antes ó en el acto mismo de la ejecucion.

No tienen aplicacion ni producen efecto las circunstancias atenuantes ó agravantes, cuando la ley señala al delito una pena indivisible.

En el caso de dos indivisibles se impone:

Si la circunstancia es agravante.......—La mayor.

Si atenuante..........................	La menor.
Si no las hay atenuantes ni agravantes..	

Si atenuantes y agravantes, se compensan racionalmente, teniendo en cuenta su número y segun sea su importancia.

Cuando la pena es compuesta de tres grados, se impone:

Si no hay circunstancias atenuantes ni agravantes, en el *medio*.

Si atenuante, en el *mínimo*.

Si agravante, en el *máximo*.

Si atenuantes y agravantes, se gradua su valor y se compensan.

Si dos ó más atenuantes muy calificadas, sin ninguna agravante, se rebaja al grado inmediato inferior y se aplica al prudente arbitrio, apreciada su entidad.

Aun cuando sean muchas las circunstancias agravantes y no las haya atenuantes, la pena no puede exceder de la que el delito tiene señalada.

La mayor ó menor extension de la misma, dentro de sus propios límites, se aprecia por el número y entidad de las circunstancias del hecho é importancia del daño producido.

De toda pena divisible, aunque no se componga de tres grados, se forman tres períodos de tiempo iguales, á los efectos de su aplicacion.

La multa no tiene reglas fijas.

APLICACION DE LAS PENAS SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES O AGRAVANTES

Además de las circunstancias atenuantes y agravantes, determinan su cuantía las facultades ó caudal del delincuente.

En los casos de exencion de responsabilidad criminal, que no llenan por completo para ella todas las condiciones necesarias, se modifica la penalidad en esta forma:

Multa, cuando se causa un mal por mero accidente, en la ejecucion de un acto lícito.

Pena inmediatamente inferior en uno ó dos grados, y al prudente arbitrio de los tribunales, cuando concurre el mayor número de los requisitos designados por la ley.

Pena discreccional, inferior en dos grados, cuando menos, al mayor de nueve años, menor de quince, que obró con discernimiento.

Pena inferior en un grado al mayor de quince y menor de diez y ocho.

APLICACION DE LAS PENAS.

Las penas por dos ó más delitos, con relacion á su autor, son acumulables.

Ninguna condena, sin embargo, ha de exceder del triple del tiempo de la más grave que le deba ser impuesta; sin que tampoco el máximum pueda pasar en ningun caso de cuarenta años.

La duracion de la pena perpétua, á los efectos de la anterior regulacion, se estima en treinta.

La posibilidad de la extincion simultánea depende de la naturaleza y efectos propios de las penas mismas.

Cuando la simultaneidad es incompatible, se guarda para su cumplimiento sucesivo el órden de su respectiva gravedad.

Dada la índole especial de la pena de muerte, que excluye naturalmente toda idea de acumulacion, y aparte los casos de indulto y de cumplimiento anterior de otra cualquiera, la gravedad relativa de las penas, de mayor á menor, es la siguiente:

Cadena.................	Perpétua.
Reclusion................	Temporal.
Presidio..................	Mayor.
Prision....................	

APLICACIÓN DE LAS PENAS.

Presidio................ Prision.................	Correccional.
Arresto mayor.	
Relegacion..............	Perpétua. Temporal.
Extrañamiento...........	Perpétuo. Temporal.
Confinamiento.	
Destierro.	

Si un hecho constituye dos ó más delitos, ó el uno de ellos es medio necesario para cometer el otro, solo se impone en su grado máximo la pena del más grave.

Toda sentencia debe contener expresamente aquellas penas accesorias que la principal lleva consigo.

Para la apreciacion de la superior ó inferior en uno ó más grados se observan las mismas reglas y proporciones que para cualquiera otra de las fijamente determinadas en el Código, tomándola de la escala gradual en que esta última se halla comprendida.

Las escalas graduales, á los efectos indicados, son seis.

PRIMERA.

Muerte.
Cadena perpétua.
Cadena temporal.
Presidio mayor.
Presidio correccional.
Arresto.

SEGUNDA.

Muerte.
Reclusion perpétua.
Reclusion temporal.
Prision mayor.
Prision correccional.
Arresto.

TERCERA.

Relegacion perpétua.
Relegacion temporal.
Confinamiento.
Destierro.
Reprension pública.
Caucion.

CUARTA.

Extrañamiento perpétuo.
Extrañamiento temporal.
Confinamiento.
Destierro.
Reprension pública.
Caucion.

QUINTA.

Inhabilitacion absoluta perpétua.
Inhabilitacion absoluta especial.
Suspension de...... { Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.

SESTA.

Inhabilitacion especial perpétua para.....	Cargo público, derecho de sufragio activo ó pasivo, profesion ú oficio.
Inhabilitacion especial temporal para.....	
Suspension de.......	

La pena superior á la de arresto mayor se toma, entre esas seis, de aquella en que se hallen comprendidos los delitos más graves de la misma especie.

La multa es la pena últimamente inferior, en todas las escalas graduales.

Para elevarla ó bajarla uno ó más grados, se entiende cada uno de éstos por la cuarta parte del máximum de la cantidad determinada por la ley.

La responsabilidad personal subsidiaria, en los casos de insolvencia, no puede exceder en su duracion del tiempo correspondiente á la pena inmediata superior de la escala respectiva.

Si siendo superior á otra determinada la señalada por la ley, pero no designada especialmente, resulta aquella la de muerte ó no la hay dentro de su escala, se aumenta la penalidad de esta manera:

En la de cadena....................	Perpétua,
Reclusion.........................	
Inhabiliiacion absoluta.............	
Inhabilitacion especial.............	

con la cláusula de que el penado no pueda obtener el beneficio del indulto hasta los 40 años, en lugar de los 30, que por punto general fija la ley.

En la de relegacion perpétua, con la de reclusion perpétua.

En la de extrañamiento perpétuo, con la de relegacion perpétua.

La cadena y el presidio se sustituyen respectivamente para la mujer, con la reclusion ó la prision.

El período legal de duracion, en las penas divisibles, se distribuye en tres partes, que forman sus tres grados.

Cuando la pena se compone de tres distintas, la más leve corresponde al mínimo y en la misma proporcion las otras dos.

Cuando la pena que ha de imponerse no tiene en la ley forma prevista, la distribucion de sus grados se hace por analogía.

La duracion legal de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada grado la fija y determina el Código en la siguiente

APLICACION DE LAS PENAS.

TABLA DEMOSTRATIVA

PENAS.	TOTAL DE TIEMPO.	GRADO MÍNIMO.	MEDIO.	MÁXIMO.
Cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento temporales.	De 12 años y 1 dia á 20 años........	De 12 años y 1 dia á 14 años y 8 meses..	De 14 años, 8 meses y 1 dia, á 17 años y 4 meses..........	De 17 años, 4 meses y 1 dia, á 20 años.
Presidio y prision mayores y confinamiento............. Inhabilitacion absoluta é inhabilitacion especial temporal.	De 6 años y 1 dia á 12 años........	De 6 años y 1 dia á 8 años...........	De 8 años y 1 dia á 10 años..........	De 10 años y 1 dia á 12 años.
Presidio, prision correccional y destierro..............	De 6 meses y 1 dia á 6 años........	De 6 meses y 1 dia á 2 años y 4 meses..	De 2 años, 4 meses y 1 dia, á 4 años y 2 meses...........	De 4 años, 2 meses y 1 dia, á 6 años.
Suspension...............	De 1 mes y 1 dia á 6 años..........	De 1 mes y 1 dia á 2 años............	De 2 años y 1 dia á 4 años............	De 4 años y 1 dia á 6 años.
Arresto mayor.............	De 1 mes y 1 dia á 6 meses.........	De 1 á 2 meses.....	De 2 meses y 1 dia á 4 meses..........	De 4 meses y 1 dia á 6 meses.
Arresto menor.............	De 1 á 30 dias.....	De 1 á 10 dias.....	De 11 á 20 dias.....	De 21 á 30 dias.

EJECUCION Y CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS.

Solo pueden ejecutarse las penas en virtud de sentencia firme y en la forma prescrita por la ley.

El régimen de los establecimientos penales, en todos sus ramos inherentes, se halla sujeto á la misma y á la observancia de sus reglamentos especiales.

La demencia ó imbecilidad ocurrida con posterioridad á la sentencia ó durante el tiempo de su cumplimiento, suspende la ejecucion ó continuacion de la pena personal.

Si el culpable recobra su juicio, queda sometido á ella nuevamente, á no ser que haya prescrito.

Para la ejecucion de la pena de muerte, el condenado á ella debe ser conducido al patíbulo, en el carruaje destinado al efecto, ó en carro, donde no lo haya, con hopa negra, de dia y á las veinticuatro horas de habérsele notificado la sentencia.

Tiene aquella lugar en garrote sobre un tablado, en el lugar de costumbre ó donde el Tribunal por causas especiales determine, sin que pueda verificarse en dias de fiesta religiosa ó nacional.

Hasta una hora antes del anochecer queda expuesto en el patíbulo el cadáver del ejecutado.

Sus parientes tienen derecho á él y se les puede entregar para su entierro, que no ha de ser con pompa.

La mujer en cinta no puede ser ejecutada hasta cuarenta dias despues del parto.

Tampoco se le puede notificar durante ese tiempo la sentencia de pena capital.

Las condiciones del sentenciado á cadena perpétua ó temporal, consisten:

En trabajar para el Estado y en las faenas más duras y penosas.

En llevar siempre al pié y pendiente de la cintura una cadena.

En no recibir auxilio alguno de fuera del establecimiento.

En no poder ser destinado á trabajos particulares ni á obras públicas, que se ejecuten por contrata.

PENAS PRINCIPALES.

La cadena perpétua se extingue en Africa, Canarias ó Ultramar.

La edad de setenta años favorece al sentenciado á cadena, en cuanto le permite cumplir su condena donde el presidio mayor.

Por edad tambien, por causa de salud ó por cualquiera otra circunstancia personal puede modificarse la dureza de los trabajos, quedando el delincuente destinado á los interiores del establecimiento, cuando así lo estime el Tribunal y lo consigne en la sentencia.

El sentenciado á reclusion perpétua ó temporal, puede extinguir su condena dentro ó fuera de la Península, pero sujeto dentro del recinto del establecimiento á trabajo forzoso en beneficio del Estado.

El relegado perpétua ó temporalmente ha de cumplir la suya en Ultramar, pudiendo dedicarse libremente dentro del radio del establecimiento penal, pero bajo la vigilancia de la autoridad, al ejercicio de su profesion ú oficio.

El extrañamiento significa la expulsion del penado del territorio español:

Si perpétuo, para siempre.
Si temporal, durante la condena.

Las penas de presidio y prision mayores suponen establecimientos destinados al efecto, dentro de la Península, Islas Baleares ó Canarias.

La primera lleva consigo el trabajo interior forzoso, cuyo producto se destina:

Al pago de la responsabilidad civil, proveniente del delito;
Al de los gastos que en el establecimiento ocasione el presidiario;
A la formacion, en su caso, de un fondo de reserva en su favor, para cuando cumpla, ó para sus herederos, si antes de su salida falleciere.

La segunda exige tambien el trabajo forzoso con aplicacion al abono de la responsabilidad civil pendiente y de los gastos personales, mientras en ambos conceptos no quede cubierto y por todo el tiempo de la condena, si el sentenciado no tiene oficio ó modo de vivir honesto y conocido.

Una vez satisfechos, puede ocuparse, para beneficio propio, en trabajos de su eleccion, con la disciplina reglamentaria compatibles.

PENAS PRINCIPALES.

La casa para el cumplimiento de la pena de presidio correccional debe estar situada en la Península.

La destinada para la de prision correccional, dentro del territorio de la Audiencia que la impuso.

Las condiciones de esta y aquella son análogas á las respectivas á las dos penas anteriores.

El confinamiento no coarta la libertad del confinado.

Esto no obstante, queda sujeto á la vigilancia de la autoridad del punto en que resida.

Al señalarlo ó designarlo el Tribunal, dentro de las Islas Baleares ó Canarias, debe tener en cuenta su oficio ó profesion, á fin de conciliar con la condena el que pueda adquirir su subsistencia.

Con su anuencia —de ser útil—puede ser destinado al servicio militar.

El destierro se limita al punto que designa la sentencia y su radio ha de entenderse:

En su distancia mínima, de veinticinco kilómetros.
En su extension máxima, de doscientos cincuenta.

El desterrado queda privado, so pena de quebrantamiento, de entrar en él, durante la condena.

La reprension, siempre personal, es pública ó privada.

La primera la recibe el sentenciado en audiencia del Tribunal, á puerta abierta.

La segunda á puerta cerrada, estando presente el secretario.

El arresto mayor se sufre en la cabeza de partido y casa pública destinada al efecto, de la que no puede salir el arrestado.

El producto de su trabajo, como el de los condenados á prision, se emplea primeramente en el abono de sus responsabilidades civiles y despues en su propio beneficio.

Para el arresto menor pueden servir:

La casa-ayuntamiento.
Cualquiera otro edificio público.
La casa misma del penado.

Esta última ha de designarse en la sentencia.

Ni de ella, en su caso, ni de cualquiera de las otras puede salir el arrestado hasta extinguida la condena.

La degradacion significa el despojo del trage oficial, insignias y condecoraciones del penado.

PENAS PRINCIPALES

Tiene lugar por mano de alguacil, en audiencia pública y á la voz del Presidente que pronuncia la fórmula legal:

«Despojad á F. de T. de sus insignias y condecoraciones, de cuyo uso la ley le declara indigno: la ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo.»

PENAS POR QUEBRANTAMIENTO DE SENTENCIA.

El quebrantamiento de condena se castiga con una agravacion proporcional á la pena impuesta por la sentencia en esta forma:

Para los sentenciados á penas perpétuas.....	Suspension del beneficio del indulto á los treinta años del cumplimiento de su condena, hasta que haya extinguido el tiempo de la agravacion. Las mayores privaciones que autoricen los reglamentos y los trabajos más penosos.

Si la pena es temporal y la relativa á la agravacion no puede cumplirse dentro del término señalado en la anterior condena, quedan sujetos á éste hasta la extincion de aquella.

Para los sentenciados á relegacion ó extrañamiento	Prision correccional que no pase de tres años y que sufrirán en el punto de la relegacion, si es posible, ó en el más inmediato los primeros y en cualquiera establecimiento penal del reino los segundos.
Para los que sufren presidio, prision ó arresto	Recargo de la misma pena, que no pase de la sexta parte del tiempo que falte de la condena primitiva.
Para los confinados..........	Prision correccional que no exceda de dos años.
Para los desterrados........	Arresto mayor.
Para los inhabilitados, cuando el hecho no constituya un hecho especial.	Arresto mayor y multa de 100 á 1.000 pesetas.
Para los suspensos..........	Recargo por igual tiempo al de su primitiva condena y una multa de 50 á 500 pesetas.

PENAS POR QUEBRANTAMIENTO DE SENTENCIA

Cumplidas las condenas de agravacion, continúan las anteriores.

No queda, sin embargo, sujeto al castigo del quebrantamiento el rematado, que sufriendo privacion de libertad, se fuga del establecimiento donde extingue su condena, sin haberse puesto de acuerdo con dependientes del mismo ó con otros penados; sin violencia, intimidacion ni resistencia; sin fractura de puertas, paredes, techos, suelos ó ventanas, sin escalamiento y sin usar de llaves falsas ó ganzuas.

El quebrantamiento de sentencia sin una ó más de las expresadas circunstancias se castiga con la cuarta parte de la pena señalada respectivamente para cada uno de los casos precedentes.

PENAS POR DELITOS NUEVOS DURANTE LA CONDENA

Puede tambien volver á delinquir el condenado por sentencia firme, no empezada á cumplir y el que ya la está cumpliendo.

En uno y otro caso se le impone en su grado máximo la pena que á la nueva infraccion marca la ley.

Si el cumplimiento de ambas no puede ser simultáneo, debe sufrir con preferencia la más grave.

A los setenta años de edad, si ha extinguido la condena primitiva ó luego que la extinga, debe ser indultado siempre que por su conducta ó por otras circunstancias no se haya hecho indigno de la gracia.

EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

La responsabilidad penal personal se extingue:

Por la muerte del reo.
Por el cumplimiento de la condena.
Por amnistía.
Por indulto.
Por prescripcion del delito.
Por prescripcion de la pena.
Por el perdon del ofendido en los delitos privados.

La prescripcion de los delitos se obtiene:

En los de pena de muerte y cadena perpétua, á los veinte años.
En los de cualquiera otra aflictiva, á los quince.
En los de pena correccional, á los diez.
En los de calumnia, al año.
En los de injuria, á los seis meses.
En las faltas, á los dos.

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

Las de muerte y cadena perpétua, á los veinte años.

Las demás aflictivas, á los quince.

Las correccionales, á los diez.

Las leves, al año.

En los casos de pena compuesta, cuando ésta sea de muerte, aflictiva ó correccional, se está á la más grave para computar el tiempo de la prescripcion por el delito.

Comienza á correr el término para ésta desde el dia en que se comete el hecho, si es conocido: de no serlo, desde que se descubre y para su averiguacion y castigo se empieza el procedimiento judicial.

Cuando éste se dirige contra el culpable, queda la prescripcion interrumpida.

Si se paraliza ó se termina sin que aquel sea condenado, aparte el caso de ausencia ó rebeldía, el tiempo de la prescripcion vuelve á correr.

El de las penas empieza:

Con la notificacion personal de la sentencia firme al reo.

Con el quebrantamiento de la condena, si ya la está sufriendo.

Esta prescripcion se interrumpe y queda sin efecto el tiempo trascurrido, en el caso de que el reo se presentare ó fuere habido:

Cuando se ausenta á país extranjero, con el cual no se ha celebrado tratado de extradicion.

Cuando de haberse celebrado, no comprende el delito cometido.

Cuando antes de cumplir el tiempo de la prescripcion, comete otro.

En este último caso puede comenzar de nuevo.

La extincion de la responsabilidad penal pecuniaria por fallecimiento del culpable solo tiene lugar si no ha llegado á recaer sentencia firme.

La amnistía extingue por completo la pena y sus efectos.

En los casos de indulto, el agraciado no puede habitar, durante el tiempo que le faltare de condena, donde habita el ofendido, sin que éste lo consienta, so pena de que quede la gracia sin efecto.

La responsabilidad civil nacida de delitos ó faltas se extingue con sujecion á las reglas del derecho civil y del propio modo que las demás obligaciones.

DELITOS GENÉRICOS

SEGUN LOS ARTÍCULOS CORRELATIVOS

DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO.

Traicion.
Rebelion.
Sedicion.
Atentado.
Desacato.
Desórdenes públicos.
Falsedades.
Violacion de sepulturas.
Abusos contra la salud pública.
Juegos.
Rifas.
Prevaricacion.
Infidelidades.
Violacion de secretos.
Desobediencia.
Denegacion de auxilio.
Usurpacion de atribuciones.
Nombramientos ilegales.
Abusos contra la honestidad.
Cohecho.
Malversacion.
Fraudes.
Exacciones ilegales.
Negociaciones prohibidas.
Parricidio.
Asesinato.
Homicidio.
Infanticidio.
Aborto.
Lesiones.
Duelo.
Adulterio.
Violacion.
Escándalo público.
Estupro.
Corrupcion de menores.
Rapto.
Calumnia.
Injurias.
Suposicion de (partos)
Matrimonios ilegales.
Detencion ilegal.
Sustraccion de menores.
Abandono de niños.
Allanamiento de morada.
Amenazas.
Coacciones.
Revelacion de secretos.
Robo.
Hurto.
Usurpacion.
Alzamiento.... } Punibles.
Quiebra....... } Punibles.
Insolencia..... } Punibles.
Estafa.
Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.
Préstamos sobre prendas.
Incendio.
Daños.
Imprudencia temeraria.

ÍNDICE DE LOS MISMOS

POR ÓRDEN ALFABÉTICO.

CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

TRAICION.

Contra la seguridad del Estado.
Contra la paz é independencia del mismo.
Contra el derecho de gentes.
Piratería.
Lesa majestad.
Contra las Córtes y sus indivíduos.
Contra el Consejo de Ministros.
Contra la forma de gobierno.
Contra el ejercicio de los derechos individuales.
Contra el libre ejercicio de los cultos.

REBELION.

Alzamiento público y en abierta hostilidad:
Contra el trono.
Contra las elecciones de diputados á córtes.
Contra sus deliberaciones.
Contra las facultades constitucionales de los ministros.
Para seducir ó sustraer tropas á la obediencia del gobierno.

SEDICION.

Alzamiento público y tumultuario:
Contra la promulgacion de las leyes.
Contra las elecciones populares.
Contra funcionarios públicos y sus providencias judiciales ó administrativas.
Contra la autoridad ó sus agentes.
Contra particulares ó cualquiera clase del Estado por odio ó por venganza.
Contra sus bienes ó los del municipio ó provinciales, con intencion de destruirlos.

ATENTADO

Fuerza ó intimidacion particular, no pública, para cualquiera de los objetos que constituyen los delitos de rebelion y sedicion.
Fuerza, intimidacion y resistencia grave contra la autoridad ó sus agentes.

DESACATO.

Calumnia, injuria ó insulto de hecho ó de palabra á un ministro ú otra autoridad en su presencia ó por escrito á cualquiera de ellos dirigido.

Amenazas á los mismos.

Amenazas de un inferior á su superior gerárquico, ó calumnia ó injuria ó insulto de hecho ó de palabra tambien á su persona ó por escrito de igual modo dirigido al mismo.

DESÓRDENES PUBLICOS.

Tumulto ó turbacion grave del órden en tribunal, colegio electoral, oficina ó establecimiento público, espectáculo, solemnidad ó reunion numerosa ó en los actos propios de cualquiera autoridad ó corporacion.

Turbacion grave del órden público para causar injuria ú otro mal á alguna persona particular.

[F]ALSEDADES.

Falsificacion de la estampilla ó firma real, ó de los ministros.

Falsificacion de la firma del jefe de una potencia extranjera ó de sus ministros.

El uso á sabiendas de tales firmas ó estampillas.

Falsificacion del sello del Estado.

El uso á sabiendas del mismo.

Falsificacion del sello del Estado de una potencia extranjera.

El uso á sabiendas del mismo.

Falsificacion de las marcas y sellos de los fieles-contrastes.

Falsificacion de los sellos de cualquier tribunal, autoridad, corporacion oficial ú oficina pública.

El uso á sabiendas de los mismos.

Falsificacion de los sellos, marcas y contraseñas de las oficinas del Estado, para asegurar el pago de impuestos ó la identidad de algun objeto.

Falsificacion de sellos, marcas, billetes ó contraseñas de empresas ó establecimientos de comercio ó industriales.

Sustitucion con otros supuestos de marcas ó nombres verdaderos en objetos de comercio.

Rehabilitacion de marcas, contraseñas ó sellos ya servidos, por la desaparicion del signo con que fueron inutilizados.

El uso á sabiendas de los mismos.

FALSEDADES.

Falsificacion de moneda de un valor inferior á la legítima, con imitacion de las de oro ó plata, que tengan curso legal en el reino.
Cercenacion de la legítima.
Falsificacion de moneda del valor de la legítima.
Falsificacion de la que no tenga curso legal.
Cercenacion de la legítima, sin curso.
Introduccion en el reino de moneda falsa.
Expendicion de la misma, en connivencia con los falsificadores ó introductores.
Expendicion, sin esa connivencia, de las falsas ó cercenadas, adquiridas á sabiendas.
Falsificacion ó introduccion de billetes de Banco ú otros títulos al portador ó sus cupones, cuya emision hubiese sido objeto de una ley.
Expendicion de los mismos, en connivencia con el falsificador ó introductor.
Adquisicion, sin esa connivencia, para hacerlos circular.
Falsificacion en España de esos mismos títulos ó efectos, autorizados por leyes extranjeras.
Expendicion á sabiendas de estos y de aquellos, aun cuando de buena fe se hubiesen adquirido.
Falsificacion ó introduccion en el reino de títulos nominativos ú otros documentos de crédito, que no sean al portador, pero cuya emision esté autorizada por la ley.
Falsificacion é introduccion de unos y otros, autorizados por leyes extranjeras.
Negociacion á sabiendas y lucro malicioso con los mismos.
Presentacion intencional de alguno de ellos en juicio.
Falsificacion de papel sellado, sellos de telégrafos ó de correos ó cualquiera otra clase de efectos timbrados propios del Estado.
Introduccion de los mismos, en connivencia con los falsificadores ó introductores.
Adquisicion sin esa connivencia para hacerlos circular.
Expendicion, con noticia de su falsedad, por los que de buena fé los adquirieron.
Falsificacion ó fingimiento de letra, firma ó rúbrica.
Intervencion supuesta de personas en un acto, ó tergiversacion de sus declaraciones, ó falta de verdad en la narracion de los hechos, ó alteracion de fechas, ó intercalacion ó alteracion maliciosa en cualquier documento, con el fin de variar su sentido verdadero.

FALSEDADES.

Copia en forma fehaciente de algun documento falso ó contraria al contenido del verdadero original, ó intercalacion de cualquiera escritura en libro oficial, registro ó protocolo.

Presentacion en juicio de cualquiera de los expresados documentos á sabiendas y con ánimo de lucro.

Suposicion ó falsificacion de un despacho telegráfico y su uso con idea de lucro ó con el deseo de perjudicar á otra persona.

Falsificacion de documento privado con perjuicio de tercero ó intencion de inferirlo, ó presentacion del mismo en juicio en iguales condiciones y á sabiendas.

Falsificacion de cédula de vecindad, uso de la misma ó suposicion del nombre verdadero en una legítima, ó entrega en blanco con abuso del oficio de aquel que la expidiere.

Suposicion de enfermedad ó lesion, en detrimento del servicio público, en certificacion facultativa.

Suposicion de méritos y servicios, buena conducta ó pobreza, en certificacion oficial.

Falsificacion de estas certificaciones y uso á sabiendas de las mismas.

Ocultacion total ó parcial de bienes, industria ú oficio, para eludir pago de impuestos.

Falso testimonio contra el reo, en causa criminal.

Falso testimonio á su favor.

Falso testimonio ni en favor ni en contra.

Falso testimonio en causa civil.

Alteracion no sustancial de la verdad con reticencias ó inexactitudes.

Presentacion á sabiendas de testigos ó documentos falsos en juicio.

Acusacion ó denuncia falsa por imputacion ante funcionario administrativo ó judicial.

Ejercicio sin título ó causa legítima de actos propios de la autoridad ó funcionario público, con atribucion de carácter oficial.

Ejercicio sin título de actos propios de una facultad profesional.

Usurpacion del carácter de ministros de un culto religioso que tenga en España sectarios ó prosélitos.

Uso y atribucion pública, sin derecho á ellos, de títulos nobiliarios.

Uso público de un nombre supuesto.

Uso público é indebido de uniforme y traje propios de un cargo que no se ejerza ó desempeñe.

SEPULTURAS.

Contravencion á las leyes ó reglamentos sobre inhumaciones.
Violacion de sepulcros ó sepulturas contra el respeto debido á la memoria de los muertos.

SALUD PÚBLICA.

Elaboracion, sin la autorizacion competente, de sustancias nocivas ó productos químicos, que puedan ocasionar grandes estragos.
Expendicion, despacho, venta ó comercio de los mismos.
Infraccion en esos actos, dentro del tráfico lícito, de los reglamentos respectivos.
El despacho por los farmacéuticos de medicamentos deteriorados ó sustitucion de unos por otros, ó sin las formalidades legales y reglamentarias vigentes al efecto.
Exhumacion ó traslacion de restos humanos sin los requisitos necesarios y con arreglo á las disposiciones sanitarias.
Alteracion maliciosa y nociva de bebidas ó comestibles destinados al consumo público.
Venta de géneros corrompidos.
Fabricacion ó venta de objetos, cuyo uso sea necesariamente nocivo y perjudicial á la salud.
Ocultacion ó sustraccion, con objeto de venta ó lucro, de efectos que deban ser inutilizados ó desinfectados.
Alteracion nociva del agua que sirva de bebida en rio, cisterna ó fuente.

JUEGOS Y RIFAS.

Juegos de suerte, envite ó azar, con relacion á los banqueros y dueños de las casas donde se establezcan.
Concurrencia de jugadores á las mismas.
Reincidencia en el abuso.
Expendicion de billetes de loterías y rifas, no autorizados legalmente.
Uso de medios fraudulentos en el juego para asegurar con ellos la ganancia.

PREVARICACION.

Sentencia injusta y á sabiendas contra el reo, en causa por delito.
Sentencia injusta y á sabiendas contra el reo, en juicio sobre falta.
Sentencia injusta y á sabiendas á favor del reo, en causa criminal por delito grave, ménos grave ó falta.
Sentencia en causa civil, injusta y á sabiendas.
Sentencia manifiestamente injusta, dictada por negligencia ó ignorancia inexcusables, en causa civil ó criminal.
Providencia interlocutoria, conociendo ó sabiendo su injusticia.

PREVARICACION.

Resistencia ó negativa á juzgar so protexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley.

Retardo malicioso en la administracion de justicia.

Providencia dictada ó consultada ó resolucion injusta y á sabiendas, en negocio contencioso-administrativo ó meramente administrativo.

Providencia ó resolucion manifiestamente injusta, en los mismos, por negligencia ó ignorancia inexcusable.

Desidia ó abandono malicioso en la persecucion y castigo de los delincuentes.

Abusos maliciosos ó negligencia ó ignorancia inexcusables en abogados ó procuradores, que puedan perjudicar á sus clientes.

Descubrimiento ó revelacion de sus secretos.

Defensa por los mismos, en un mismo negocio, de la parte contraria, habiendo defendido antes á la otra.

ABUSOS DE EMPLEADOS.

Connivencia en la evasion de un preso.

Sustraccion, destruccion ú ocultacion de documentos, confiados á un funcionario con motivo de su cargo.

Quebrantamiento de sellos, de efectos ó papeles, bajo su custodia, ó consentimiento para que otro los quebrante.

Apertura de papeles ó documentos cerrados, en igual caso, ó consentimiento para que sin la autorizacion competente otro los abra.

Revelacion de secretos conocidos por razon de oficio ó cargo, ó entrega indebida de papeles ó copia de los que no deban publicarse.

Desobediencia abierta al cumplimiento de sentencia, decision ú órden de autoridad superior, dictadas dentro de sus respectiva competencia y con las formalidades necesarias.

Desobediencia al requerimiento de autoridad competente para la precisa cooperacion á la administracion de justicia ú otro servicio público cualquiera.

Negativa, sin excusa legal ó despues que ésta sea desatendida, á desempeñar un cargo de eleccion popular, y del jurado en igual caso, y del perito y testigo, que dejaren de comparecer ante un tribunal á prestar declaracion.

ABUSOS DE EMPLEADOS.

Desempeño de un empleo ó cargo público sin el juramento en debida forma ó sin las fianzas requeridas por las leyes.

Continuacion en el ejercicio de empleo, cargo ó comision contra las leyes, reglamentos ó disposiciones especiales respectivas.

Percepcion indebida de emolumentos ó derechos por razon del cargo.

Abandono de destino, con daño de la causa pública, antes de admitida la renuncia.

Invasion de las atribuciones del poder legislativo.

Abrogacion de atribuciones administrativas por autoridad judicial ó viceversa, ú oposicion por una ú otra al ejercicio mútuo de las suyas respectivas.

Continuacion del procedimiento por funcionario requerido de inhibicion, antes de que la contienda se decida.

Intimacion por funcionarios administrativos ó militares ú órdenes de los mismos á una autoridad judicial, relativas á causas ó negocios de la exclusiva competencia de los tribunales de justicia.

Desobediencia de autoridad eclesiástica, requerida por tribunal competente para la remesa de autos, con objeto de decision en recurso de fuerza legalmente interpuesto.

Propuesta ó nombramiento para cargo público de persona, á sabiendas de que no concurren en ella los requisitos de la ley.

Requerimiento amoroso de mujer, con pretension ó informe ó consulta pendiente y sometida al funcionario que la solicite.

Requerimiento amoroso de mujer por el alcaide, á cuya guarda esté sujeta.

Percepcion por sí ó por persona intermedia de dádiva ó presente, en premio ó pago de un acto relativo al cargo y por razon del mismo.

Admision de regalos en igual concepto.

Corrupcion de empleados públicos por medio de dádivas, presentes, ofrecimientos ó promesas.

Sustraccion de caudales ó efectos públicos, por razon y con abuso de funciones, ó consentimiento para que otros la ejecuten.

Abandono ó negligencia inexcusables, que den ocasion á que otra persona los sustraiga.

Aplicacion á usos propios ó ajenos, con daño ó entorpecimiento del servicio público, de caudales ó efectos puestos á su cargo.

Aplicacion pública de caudales ó efectos públicos tenidos en administracion, distinta de aquella para que estaban destinados.

Omision en verificar un pago como tenedor de fondos del Estado.

ABUSOS DE EMPLEADOS.

Omision, despues de requerimiento de autoridad competente, respecto de la entrega de alguna cosa, en administracion tenida ó en custodia.

Defraudacion al Estado por medio de conciertos con los interesados ó especuladores, ó valiéndose de cualquier artificio, en suministros, ajustes, liquidaciones ó contratas.

Participacion directa ó indirecta en dichos actos ó negocios.

Exaccion directa ó indirecta de derechos, en mayor cantidad de la legítimamente señalada ó asignada.

Participacion directa ó indirecta en operaciones de ágio, tráfico ó granjería dentro de los límites de la jurisdiccion ó mando respectivo, á no ser sobre objetos que de bienes propios puedan ser producto.

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS.

Muerte del padre ó de la madre por su hijo, ó del hijo por su padre ó por su madre; ó de cualquiera ascendiente por su descendiente ó viceversa, ó del marido por su mujér, ó de la mujer por su marido.

Muerte del hombre por el hombre, con alevosía ó premeditacion conocida, ó ensañamiento, ó por precio ó promesa remuneratoria, ó por medio de inundacion, incendio ó veneno.

Muerte del hombre por el hombre sin ninguna de las circunstancias anteriores.

Auxilio á otro para que pueda suicidarse.

Muerte del hijo por su madre, cuando aún no ha cumplido tres dias, para ocultar su deshonor.

Muerte del niño, en igual condicion, por sus abuelos maternos, para ocultar la deshonra de la madre.

Muerte por un extraño de un reciennacido.

Aborto intencional y voluntario.

Aborto violento, no intencional ni voluntario.

Aborto de la mujer, ejecutado por si propia, ó consentimiento de la misma para que otra persona se lo cause.

Aborto por facultativo, con abuso de su arte.

Expendicion indebida de abortivos.

Castracion ejecutada de propósito; mutilacion igualmente intencional.

Lesiones, con resultas para el ofendido, de impotencia, imbecilidad ó pérdida de la vista.

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS.

Lesiones con pérdida de un ojo, ó pérdida ó impedimento de un miembro principal, ó inutilidad para el trabajo habitual.

Lesiones con resultas de deformidad ó pérdida de un miembro no principal, ó de inutilidad del mismo, ó de incapacidad para el trabajo habitual ó de enfermedad, que pase de noventa dias.

Lesiones con consecuencia de enfermedad ó incapacidad por más de treinta.

Lesiones ménos graves con inutilidad para el trabajo por ocho ó más, ó que hagan necesaria por igual tiempo la asistencia médica.

Lesiones ménos graves con intencion manifiesta de injuriar ó con circunstancias ignominiosas.

Mutilacion voluntaria por sí ó por tercera persona para eximirse del servicio militar.

Provocacion ó aceptacion de un duelo, con deslealtad de palabra empeñada á la autoridad en sentido negativo.

Muerte del hombre por el hombre en desafío.

Lesiones graves de igual modo.

Complicidad de los padrinos.

Duelo sin padrinos.

Infraccion de las condiciones concertadas por los padrinos para un duelo.

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD.

Coito de mujer casada con varon, que no sea su marido, y del varon que yace con ella, sabiendo que es casada.

Amancebamiento del marido con otra mujer dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella, con escándalo.

Amancebamiento de mujer extraña con un hombre casado.

Coito con mujer menor de doce años cumplidos, ó mayor de esta edad, cuando por cualquiera causa se halle privada de razon ó de sentido, ó si se verifica con intimidacion ó por sorpresa.

Abuso deshonesto de persona de uno ú otro sexo con cualquiera de las circunstancias precedentes.

Quebrantamiento del matrimonio religioso indisoluble, con abandono del cónyuge, y celebracion de otro nuevo con otra persona, segun la ley civil.

Quebrantamiento del matrimonio civil, con abandono del cónyuge, y celebracion con otra persona de otro nuevo religioso, aun cuando este no sea indisoluble.

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD.

Ofensas al pudor y á las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo ó trascendencia, y exposicion ó proclamacion de doctrinas contrarias á la moral pública por medio de la imprenta.

Estupro de doncella mayor de doce y menor de veintitres años por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor ó encargado por cualquier título de su educacion ó guarda.

Estupro de la hermana por el hermano ó por un ascendiente de su descendiente, aunque hubiese cumplido ya veintitres años.

Estupro de mujer menor de dicha edad pero mayor de doce años por cualquiera otra persona.

Rufianismo ó prostitucion ó corrupcion de menores para satisfacer deseos de otro, promovida habitualmente por tercera persona ó con abuso de autoridad ó confianza.

Rapto de una mujer contra su voluntad y con miras deshonestas.

Rapto de una doncella menor de veintitres años y mayor de doce con su consentimiento y anuencia.

DELITOS CONTRA EL HONOR.

Imputacion falsa de un delito de los que dan lugar á procedimientos de oficio.

Expresion proferida ó accion ejecutada en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona.

Alegoría, caricatura, emblema ó alusion, que envuelvan ese descrédito ó deshonra ó signifiquen la imputacion falsa de un delito.

Calumnias ó injurias por medio de publicaciones extranjeras.

Calumnias ó injurias causadas en juicio.

Calumnias ó injurias contra la autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado.

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL Y MATRIMONIOS ILEGALES.

Suposicion de parto.

Sustitucion de un niño por otro.

Ocultacion ó suposicion de hijo legítimo, con ánimo de hacerle perder su estado civil.

Abuso de profesion ó cargo por parte de facultativo ó funcionario público, para cualquiera de los tres hechos anteriores.

Usurpacion del estado civil de otra persona.

Segundo ó ulterior matrimonio, sin la legítima disolucion del anterior.

Matrimonio con impedimento dirimente, que no sea dispensable.

Matrimonio con impedimento dispensable.

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL Y MATRIMONIOS ILEGALES.

Matrimonio contraido por un menor sin el consentimiento paterno ó de la persona que para el efecto haga sus veces.
Matrimonio de la viuda antes de los trescientos y un dias desde la muerte del marido.
Matrimonio de la viuda antes de su alumbramiento, si hubiere quedado embarazada.
Matrimonio en iguales circunstancias de la mujer separada legalmente de su primer marido, por declaracion de nulidad.
Matrimonio sin prévia dispensa civil del adoptante con alguno de sus hijos ó descendientes adoptivos.
Matrimonio del tutor ó curador con la persona que tuviera ó hubiere tenido en guarda, antes de la aprobacion legal de cuentas.
Consentimiento de los mismos para que sin ese requisito sus hijos ó descendientes lo contraigan.
Autorizacion por el Juez municipal de matrimonio prohibido por la ley ó para el cual haya impedimento.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD.

Encierro ó detencion de una persona, con privacion de su libertad por más de veinte dias.
Encierro ó detencion, con libertad dentro de los tres dias, sin haber logrado su propósito el culpable.
Encierro ó detencion ejecutado con simulacion de autoridad.
Enciero ó detencion con lesiones graves ó amenazas de muerte á la persona encerrada ó detenida.
Aprehension de una persona para presentarla á la autoridad, fuera de los casos permitidos por la ley.
Sustraccion de un menor de siete años.
Desaparicion de un menor sin explicacion satisfactoria por parte de la persona á quien se hubiere confiado ó encargado.
Induccion ó excitacion á un menor de edad, mayor de siete años, para que abandone la casa de sus padres, guardadores ó tutores.
Abandono de un niño menor de siete años.
Muerte de un niño menor de siete años por las circunstancias del abandono producida.
Peligro de su vida con ocasion del abandono.
Entrada en morada ajena contra la voluntad del morador.
Entrada en morada ajena con violencia ó intimidacion.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD.

Amenaza bajo exigencia de cantidad ó de otra condicion cualquiera, aunque sea lícita, en la persona, honra ó propiedad del amenazado ó de su familia con un mal que constituya delito.

Amenaza en igual concepto por escrito ó por medio de emisario.

Amenaza no condicional.

Amenaza bajo exigencia de cantidad ú otra condicion, en la forma expresada, con un mal que no constituya delito.

Violencia contra otro, sin autorizacion legítima, para impedirle hacer lo que la ley no le prohibe ó para obligarle á efectuar lo que no quiere, sea justo ó injusto.

Apropiacion con violencia de cosa perteneciente á un deudor, para con ella hacerse pago.

Apoderamiento ú ocupacion de papeles ó cartas de otro y descubrimiento y divulgacion de sus secretos.

Divulgacion, en igual concepto, por administrador, criado ó dependiente.

Descubrimiento de los secretos de una industria, con perjuicio del dueño de la fábrica ó establecimiento industrial, por el encargado del mismo, obrero ó empleado.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

Violencia ó intimidacion en las personas para apoderarse de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro.

Fuerza en las cosas con igual objeto.

Robo con violacion, ó mutilacion causada de propósito ó con lesiones, de cuya resultas quedare el robado imbécil, impotente ó ciego.

Detencion del mismo bajo rescate ó por más de un dia.

Robo con lesiones que produzcan al ofendido la pérdida de un ojo ó de un miembro principal.

Violencia ó intimidacion en las personas para hacerlas suscribir, otorgar ó entregar una escritura pública ó cualquier documento, con el fin de defraudarlas.

Robo con armas en casa habitada ó edificio público ó destinado al culto religioso, en cantidad mayor de 500 pesetas y verificado con escalamiento, ó rompimiento de pared, techo ó suelo, ó fractura de puerta ó ventana, ó haciendo uso de llaves falsas, ganzúas ú otros instrumentos semejantes ó con nombre supuesto ó simulacion de autoridad.

Robo con armas y con cualquiera de las expresadas circunstancias en cantidad menor de 500 pesetas.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

Robo sin armas mayor de dicha suma.

Robo de frutas, semillas, caldos, animales ú otros objetos destinados á la alimentacion, con escalamiento de muro exterior y por valor menor de 100 reales.

Robo en lugar no habitado en cantidad mayor de 500 pesetas con escalamiento, rompimiento de paredes, techos ó suelos, puertas ó ventanas exteriores, ó uso de llaves falsas ó ganzúas ú otros instrumentos análogos, ó con fractura de puertas, armarios, arcas ú otra clase de muebles ú objetos cerrados ó sellados, ó con sustraccion de los mismos, aunque se fracturen fuera del lugar del delito.

Robo con cualquiera de las expresadas circunstancias en cantidad menor de 500 pesetas, ó que no exceda de 25, ó que sea de frutas, semillas, caldos, animales ú otros objetos destinados á la alimentacion.

Hallazgo en poder de una persona de ganzúas ú otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, si sobre su adquisicion ó conservacion no diere el descargo suficiente.

Fabricacion de dichos instrumentos.

Apropiacion de las cosas muebles agenas con ánimo de lucro sin la voluntad de su dueño, sin fuerza en ellas y sin violencia ni intimidacion en las personas.

Apropiacion con ánimo de lucro de una cosa perdida, sabiendo quién es su dueño.

Sustraccion por los dañadores ó aprovechamiento de los frutos ú objeto de algun daño.

Hurto de cosas destinadas al culto ó cometido en acto religioso ó en edificio que á su celebracion se halle destinado.

Hurto doméstico ó con grave abuso de confianza.

Hurto con doble reincidencia.

Ocupacion de cosa inmueble con violencia ó intimidacion en las personas.

Usurpacion de un derecho real de ajena pertenencia, con cualquiera de las dos expresadas circunstancias.

Alteracion de términos ó lindes de pueblos ó heredades.

Alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores.

Insolvencia fraudulenta.

Insolvencia culpable.

Insolvencia por gastos domésticos ó personales excesivos, ó por causa de juego ó por apuestas cuantiosas, compras y ventas si-

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

muladas, operaciones de agiotaje, enagenacion con depreciacion notable de bienes, cuyo precio no esté satisfecho, ó retardo en la presentacion á concurso, cuando el pasivo exceda en tres tantos al activo.

Insolvencia por pérdidas, deudas ó gastos supuestos, ocultacion de bienes ó derechos, apropiacion ó distraccion de bienes ajenos, tenidos en depósito, comision ó administracion, enagenacion simulada de gravámenes, deudas ú obligaciones, adquisicion por título oneroso de bienes á nombre de otra persona, anticipacion de pagos en perjuicio de acreedores ó distraccion, despues del concurso, de bienes correspondientes á la masa.

Confabulacion con el concursado para suponer crédito contra él, ó para aumentarlo ó para alterar su naturaleza ó fecha en perjuicio de otros acreedores.

Auxilio al concursado para ocultar ó sustraer sus bienes, bajo cualquier forma que se verifique.

Defraudacion á otro en la sustancia, cantidad ó calidad de las cosas, en virtud de un título obligatorio recibidas.

Defraudacion á otro, usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia ó cualidades supuestas; aparentando bienes, crédito, comision, empresa ó negociacion imaginaria ó valiéndose de cualquiera otro engaño semejante.

Defraudacion por los plateros y joyeros por medio de alteracion en la calidad, ley ó peso relativos á su arte ó comercio.

Defraudacion por los traficantes, usando de pesos ó medidas falsas para el despacho de los objetos de su tráfico.

Defraudacion bajo pretesto de supuestas remuneraciones á empleados públicos.

Apropiacion ó distraccion de dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble recibida en depósito, comision ó administracion ó por cualquiera otro título, que produzca obligacion de entregarla ó devolverla.

Defraudacion por medio de la negativa de haberla recibido.

Defraudacion por abuso de firma de otro en blanco y extendiendo con ella algun documento en perjuicio del mismo ó de tercero.

Defraudacion haciendo suscribir á otro con engaño algun documento.

Defraudacion por medio del fraude en el juego para asegurar la suerte.

Defraudacion por medio de la sustraccion, ocultacion ó mutiliza-

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

cion en todo ó parte de algun proceso, expediente, documento ú otro papel de cualquier clase.

Defraudacion por medio de fingimiento de propiedad de cosa inmueble, para enagenarla, arrendarla, gravarla ó empeñarla.

Defraudacion dando por libre una cosa sabiendo que está gravada.

Sustraccion de una cosa mueble por su dueño, de aquel que la tiene legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo ó de un tercero.

Defraudacion por medio de un contrato simulado.

Defraudacion de la propiedad literaria ó industrial.

Defraudacion de un menor, abusando de sus pasiones ó impericia para hacerle otorgar, en su perjuicio, obligacion, descargo ó trasmision de derecho por razon de préstamo de dinero, crédito ú otra cosa mueble.

Defraudacion por medio de cualquiera otro engaño, no expresamente definido ó comprendido en los actos anteriores.

Solicitud de dádiva ó promesa para no tomar parte en una subasta pública.

Amenazas para alejar de ella á los postores.

Dádivas, promesas ó cualquier artificio para alterar el precio del remate.

Coligacion con el fin de encarecer ó abaratar abusivamente el precio del trabajo ó regular sus condiciones.

Alteracion de precios naturales en mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas ó cualquiera otra cosa, objeto de contratacion, por medio de falsos rumores esparcidos al efecto ó usando de cualquier otro artificio.

Alteracion de precios por idénticos medios de cosas alimenticias ó artículos ú objetos de primera necesidad.

Omision por parte de los prestamistas sobre prendas, sueldos ó salarios, de los libros de asiento, sin claros ni entrerenglonados, ó de cualquiera otro de los requisitos y formalidades prevenidos en los reglamentos respectivos.

Préstamo sin resguardo de la prenda recibida.

Incendio de arsenal, astillero, almacen, fábrica de pólvora ó de pirotécnica militar, parque de artillería, archivo ó museo general del Estado.

Incendio de un tren de viajeros en marcha ó de un buque fuera de puerto.

Incendio en poblado de almacen de materias inflamables ó explosivas.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

Incendio de un teatro, ó una iglesia, ó cualquier otro edificio destinado á reuniones, cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa.

Incendio de edificio, alquería, choza, albergue ó buque en puerto, sabiendo que hay dentro una ó más personas.

Incendio de edificio público con daño mayor de 2.500 pesetas.

Incendio de casa habitada ó cualquier edificio donde habitualmente se reunan varias personas, ignorando si habia ó no gente dentro, con daño mayor de aquella suma.

Incendio de un tren de mercancías en marcha, con daño que exceda tambien de dicho importe.

Incendio de edificio destinado á habitacion en despoblado.

Incendio de mieses, pastos, montes ó plantíos.

Incendio de cosas no expresamente definidas, regulado en su penalidad por la cuantía de los daños que produzca.

Estragos causados por medio de inmersion ó varamiento de nave, inundacion, explosion de una mina ó máquina de vapor, levantamiento de raills de una via férrea, cambio malicioso de señales para la marcha de trenes ó destrozo de postes ó hilos telegráficos.

Estragos por cualquiera otro agente ó medio de destruccion tan poderoso como los citados más arriba.

Daño en propiedad ajena, no comprendido en los incendios ó estragos, regulados tambien en su penalidad por su cuantía.

Daño con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad ó en venganza de sus determinaciones.

Daño contra particulares que como testigos ó de cualquiera otra manera hayan contribuido ó puedan contribuir á la ejecucion ó aplicacion de las leyes.

Daño producido por cualquier medio de infeccion ó contagio en ganados.

Daño con empleo de sustancias venenosas ó corrosivas.

Daño en despoblado ó en cuadrilla.

Daño en archivo ó registro, ó en puentes, caminos, paseos, ú otros objetos de uso público ó comunal.

Daño que lleve consigo la ruina del perjudicado.

Daño por incendio ó destruccion de papeles ó documentos de valor estimable ó inestimable.

IMPRUDENCIA.

Ejecucion de un hecho sin malicia que con ella constituiria un delito grave.

Ejecucion, en igual concepto, de un hecho que solo constituya un delito ménos grave.

Comision de un delito por simple imprudencia ó negligencia, con infraccion de reglamentos.

Provocacion directa por medio de la imprenta, grabado ú otro medio mecánico de publicacion á la perpetracion de cualquiera de los delitos comprendidos en el Código.

ÍNDICE DE LAS FALTAS,

SEGUN LOS ARTÍCULOS CORRELATIVOS,

COMPRENDIDOS EN EL TERCER LIBRO DEL CÓDIGO.

Impresos prohibidos.
Apedreo—de objetos de ornato.
Perturbacion religiosa.
Estampas obscenas.
Disparos en poblado.
Turbacion leve del órden.
Falta leve de respeto.
— á la autoridad.
— á sus agentes.
— del hijo al padre.
— del pupilo al tutor.
Cencerradas.
Reunion tumultuosa.
Rondas.
Esparcimientos nocturnos.
Embriaguez
Desobediencia leve.
— á la autoridad.
— á sus agentes.
— de la mujer al marido.
Denegacion de auxilio.
— á herido en despoblado
— para evitar un mal mayor.
Ocultacion de nombre.
Profesion sin título.
Máscaras.
Armas.
Moneda falsa.
Peso falso.
— falto.
Medida falsa.
— falta.
Contraste.
Defraudacion.
Alteracion de precio.
Abastecimientos.
Juegos de azar.
Medicinas..... de mala calidad.
Bebidas........ alteradas.
Comestibles.. alterados.
Basijas......... sin limpieza.
Baños.
Prostitucion.
Epidemias.
Langosta.
Enterramientos.
Profanacion de cadáveres.
Sustancias insalubles.
Animales muertos.
— feroces ó dañinos sueltos.
Basuras.
Escombros.
Fuentes.
Abrevaderos.

Espectáculos.
Alumbrado.
Envenenamiento (señales de).
Locos (sueltos).
Carruajes.
Caballerías.
Obstruccion } de y en la via pú-
Inseguridad } blica.
Reglamentos:
De fondas.
De posadas.
Casas de hospedaje.
Cartillas de sirvientes.
Propagacion del fuego.
Máquinas de vapor.
Calderas.
Hornos.
Estufas.
Chimeneas.
Edificios ruinosos.
Materiales.
Pozos.
Escavaciones.
Materias inflamables.
— corrosivas.
— fétidas.
Productos químicos.
Lesiones.
Asistencia médica.
Malos tratamientos.
Escándalos.
Abandono de educacion.
Niños perdidos.
Expósitos.
Golpes.
Amenazas.
Injurias livianas.
Imprudencia.
Negligencia.
Hurto—menor de diez pesetas.
— de sustancias alimenticias.
Sueños.
Pronósticos.
Adivinaciones.
Intrusion (en predio ajeno).
Caza.
Pesca.
Plantíos.
Sembrados.
Viñedos.
Olivares.
Daños.
Ganados.
Incendio.
Aguas.

FALTAS.

DE IMPRENTA.

- Publicacion de hechos falsos por medio de un periódico, cuyo director se niegue á la rectificacion ó contestacion de la persona ofendida, dentro de los términos de la ley.
- Divulgacion maliciosa de hechos relativos á la vida privada de alguno, que puedan producir perjuicio ó disgustos de familia.
- Publicacion maliciosa de noticias falsas, ocasionadas á peligro para el órden público ó en daño del crédito ó intereses del Estado.
- Provocacion á la desobediencia de las leyes y de las autoridades constituidas.
- Apología de acciones indecorosas ó calificadas de delito por la ley.
- Publicacion maliciosa y sin autorizacion de disposiciones ó documentos oficiales.

CONTRA EL ÓRDEN PÚBLICO.

- Apedreo, daño, mancha ó deterioro de
  - Estátuas.
  - Pinturas.
  - Calles.
  - Parques.
  - Jardines.
  - Paseos.
  - Alumbrado.
  - Objetos de ornato.
  - — de utilidad.
  - — de recreo.
- Perturbacion de los actos de un culto.
- Ofensa á los sentimientos religiosos de los concurrentes al mismo.
- Exhibicion de estampas ó grabados obscenos ó inmorales.
- Disparo de arma de fuego, cohete, petardo ú otro proyectil, en sitio público ó dentro de poblado.
- Turbacion leve del órden en........
  - Audiencia.
  - Juzgado.
  - Espectáculo.
  - Acto público.
  - Solemnidad.
  - Reunion numerosa.

CONTRA EL ÓRDEN PÚBLICO.

Falta leve de respeto al superior de órden civil.

Cencerradas. — Reuniones tumultuosas. — Rondas. — Esparcimientos nocturnos. — Con ofensa de alguna persona ó perjuicio del sosiego público.

Escándalo por embriaguez.

Falta leve de respeto. — Desobediencia leve. — A la autoridad.

Ofensa leve. — Desobediencia leve. — A los agentes de la autoridad.

Denegacion de auxilio á la autoridad, pudiendo hacerlo sin peligro personal, en los casos de — Delito, incendio, inundacion ú otra calamidad ó desgracia parecida.

Ocultacion á la autoridad de — Nombre. Domicilio. Estado. Vecindad.

Ejercicio sin título de una profesion que lo exija.

Enmascararse fuera del tiempo permitido.

Uso de armas sin licencia.

CONTRA LOS INTERESES GENERALES Y RÉGIMEN DE LAS POBLACIONES

Negativa á recibir en pago moneda legítima.

Expendicion hasta 500 rs. de la falsa, de buena fe adquirida.

Uso de pesos ó medidas artificiosamente preparados para defraudar.

Infraccion de las reglas del contraste.

Defraudacion en la venta de sustancias alimenticias, por cantidad ó calidad.

Falta en las mismas del peso correspondiente, medida ó calidad.

Alteracion del precio natural de las cosas por medio de — Falsos rumores. Artificio ilícito.

Infraccion de las reglas de policía sobre abastecimiento de las poblaciones.

Establecimiento de juegos de azar en casas ó sitios públicos.

Expendicion por los farmacéuticos de medicinas de mala calidad.

Expendicion ó servicio de bebidas ó comestibles adulterados ó alterados en fondas, cafés, confiterías ú otros establecimientos análogos.

CONTRA LOS INTERESES GENERALES Y RÉGIMEN DE LAS POBLACIONES.

Descuido perjudicial en los mismos, respecto de la conservacion de vasijas, medidas y demás útiles, segun las reglas establecidas y precauciones de costumbre.

Infraccion de las reglas de decencia y seguridad en los baños.

— de las disposiciones sanitarias sobre prostitucion.

— de las dictadas por la autoridad en tiempo de epidemia.

— de los reglamentos, bandos y ordenanzas sobre epidemia de animales, extincion de langosta ú otra plaga semejante.

— de las disposiciones sanitarias sobre enterramientos.

Profanacion de cadáveres ó cementerios.

Infraccion de las reglas de policía sobre elaboracion de sustancias insalubres.

— de las que prohiben arrojar á la calle ó sitios públicos animales muertos, basuras, escombros ó sustancias fétidas.

— ensuciar fuentes ó abrevaderos.

— dar espectáculos públicos ó abrir establecimientos de cualquiera clase sin la debida licencia.

— apagar el alumbrado público ó el de los portales ó escaleras.

Omision por los facultativos en dar parte á la autoridad de las señales de envenenamiento ú otro delito, que adviertan en algun cadáver ó en cualquier enfermo á quien asistan.

Descuido ó falta de precaucion en los guardadores de un loco, dejándole vagar por calles ó sitios públicos sin la debida vigilancia.

Soltura ó falta de seguridad, respecto de animales feroces ó dañinos.

Infraccion de los reglamentos ú ordenanzas sobre carruajes.

Carreras de los mismos ó de caballerías por calles, paseos ó sitios públicos.

Obstruccion de la via pública con actos ó artefactos de cualquiera especie.

El hecho de arrojar agua á la calle ó sitio público, ó piedras ú otros objetos que puedan causar daño.

— de tener en los parajes exteriores de las habitaciones objetos de cualquier género, con amenaza ó peligro de los transeuntes.

Omision por parte de los dueños de fondas, posadas ó casas de hospedaje, en dar á la autoridad las noticias prevenidas por reglamentos y ordenanzas.

CONTRA LOS INTERESES GENERALES Y RÉGIMEN DE LAS POBLACIONES.

Omision en los criados de servicio, mozos y dependientes, respecto de las formalidades de la cartilla.

Contravencion á las reglas establecidas para evitar la propagacion del fuego en.......
— para la construccion de..
— para la limpieza de........
} Máquinas de vapor, calderas, hornos, estufas, chimeneas ú otros lugares semejantes.

Descuido en la reparacion de edificios ruinosos.

Infraccion de las reglas de seguridad en los depósitos de materiales, aperturas de pozos ó excavaciones.

— de las ordenanzas y reglamentos sobre elaboracion y custodia de materias inflamables ó corrosivas, ó productos químicos que puedan producir estragos.

CONTRA LAS PERSONAS.

Lesiones con impedimento para trabajar por tiempo de.............................
Que hagan necesaria la asistencia facultativa de....................................
} Uno á siete dias.

Lesiones sin impedimento para el trabajo habitual.
— que no exijan asistencia médica.
Malos tratamientos del marido á la mujer.
— de la mujer al marido, de obra ó de palabra.
Desobediencia de la misma á su marido.
Escándalo de los cónyuges en sus disensiones domésticas.
Abandono en la educacion de los hijos por parte de los padres.
— de la del menor de quince años por tutor ó curador.
Falta de respeto y sumision del hijo al padre.
— del pupilo á su tutor.
Omision en presentar á la autoridad ó á su familia un niño abandonado, menor de siete años.
Infraccion de las reglas establecidas sobre expósitos.
Omision en auxiliar á una persona herida en despoblado ó en peligro grave.
Golpes sin lesion ó malos tratamientos de obra ó de palabra.
Amenazas con armas de fuego.
— de palabra y en el calor de la ira, con un mal que constituya delito.
— que no lo constituya.

CONTRA LAS PERSONAS.

Coaccion ó vejacion injusta.
Injuria liviana de obra ó de palabra.
Negativa de auxilio reclamado por un tercero para evitar un mal mayor.
Simple imprudencia.. } Sin infraccion de reglamentos.
Negligencia............ }
Hurto por cantidad menor de diez pesetas.
— de sustancias alimenticias, frutos ó leñas que no exceda de veinte.
Interpretacion de sueños........................ } Por lucro ó interés.
Pronósticos ó adivinaciones.................... }
Abusos, en cualquier concepto análogo, de la credulidad pública........................ }

CONTRA LA PROPIEDAD.

Entrada en heredad ó campo ageno para coger frutos y comerlos en el acto.
— para echarlos en el acto á ganados ó caballerías.
— para aprovechar el espigueo.
Entrada contra prohibicion manifiesta en heredad cerrada ó cercada.
Caza ó pesca en la misma ó campo vedado, sin permiso de su dueño.
El hecho de atravesar por plantíos, sembrados, viñedos ú olivares.
Abusos en los mismos con carruajes, caballerías ó cualquiera otra clase de animales.
Destruccion ó destrozo de.................. { Choza, Albergue, Soto, Cerca, Vallado.
Daño causado desde la parte exterior por medio de piedras ú otro proyectil de cualquier clase.
— por ganados, regulado por cabezas, segun su clase y en la proporcion y circunstancias determinadas por la ley.
Incendio de cualquier clase, que no implique delito.
Infraccion de los reglamentos ó bandos sobre quema de rastrojos.
— de las ordenanzas de caza y pesca.
Daño en cantidad menor de 200 reales.

CONTRA LA PROPIEDAD.

Corta de árboles.......................... — de ramaje ó leña.................... — con sustraccion de los frutos objeto del daño......................	El valor y las circunstancias determinan la pena.

Distraccion del curso de aguas ajenas en beneficio propio.

Daño intencional, por negligencla ó descuido, no penado expresamente.

DISPOSICIONES GENERALES.

Caen siempre en comiso todos los objetos, de que en sus diversos conceptos y para su respectiva ejecucion se usan en las faltas.

Tanto al decretarlo como al aplicar las penas correspondientes, dentro de los límites de cada una, los tribunales pueden proceder á su prudente arbitrio, segun los hechos y sus circunstancias.

Corresponden á los cómplices de las faltas las mismas penas que á los autores, pero en su grado mínimo.

El arresto subsidiario por insolvencia de las multas, se entiende en toda ocasion de un dia por cada duro.

Si la multa no llega á esta cantidad, aquel debe ser tambien de un dia.

Las penas que el Código señala á las faltas determinan el máximum de las que gubernativamente pueden imponerse en bandos ú ordenanzas, salvo el caso de leyes especiales.

La línea divisoria entre muchos hechos análogos que puedan ofrecer carácter de faltas ó delitos, está en la extension del mal causado ó daño producido y en sus circunstancias propias, segun las respectivas disposiciones legales que lo fijan y determinan en uno ú otro caso.

ÍNDICE

DE LAS

FALTAS COMPRENDIDAS Y PENADAS

EN EL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO

POR ÓRDEN ALFABÉTICO.

LA LEY PENAL.

DELITOS.—CRÍMENES.—FALTAS.

Definidos sintéticamente los hechos punibles, que comprende el Código de 1870, así como tambien los fundamentos de la responsabilidad criminal y civil, con relacion á cuantos, más ó ménos directa ó inmediatamente, toman parte en ellos, menester es ante todo una explicacion clara, fácil y sencilla del delito, base precisa de la Ley penal, cuyos preceptos todos van encaminados á su más pronta represion y á su más justo castigo.

Mejorar en lo posible las leyes antiguas, teniendo en cuenta los ensayos de la experiencia y con arreglo á los modernos adelantos de la ciencia, ha venido siendo de algun tiempo á esta parte el objeto de las leyes nuevas.

Al Código penal de 19 de Marzo de 1848 siguió el reformado de 30 de Junio de 1850: al reformado de 1850 ha seguido el de 17 de Junio de 1870 y siendo éste, á su vez, interino ó provisional, hallándose sujeto á las modificaciones que por las Córtes, en dictámen definitivo y en discusion preferente se establezcan, segun en el artículo único de la ley para su planteamiento se dispuso, y estando hoy nombrada una nueva comision con este objeto, claro es que más tarde ó más temprano ha de venir otra reforma.

Si los estudios que son objeto de este libro y las observaciones que la práctica, en tantos años de aplicacion, nos ha sugerido y en el mismo han de consignarse, llegado el dia de la discusion, pueden contribuir, siquiera sea en pequeña parte, á encontrar alguna de las mejoras, que á la luz del debate se pretenden, nuestro deseo, nuestro empeño y nuestro afan quedarán altamente compensados.

Así, pues, ante todo y para tratar del delito, comparemos:

CÓDIGO DE 1870.— ARTÍCULO I.

Son delitos ó faltas las acciones y las omisiones voluntarias, penadas por la ley.

Las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

El que cometiere voluntariamente un delito incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se habia propuesto ejecutar.

CÓDIGO DE 1850.— ARTÍCULO I.

Es delito ó falta toda accion ú omision voluntaria penada por la ley.

Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponia ofender.

Confundidas en una sola definicion los delitos y las faltas, sin embargo, de que tanto por la intensidad relativa del daño, como por la índole misma de las penas, como por su separacion dentro del Código, hay entre estas y aquellos notable diferencia, siquiera el orígen del mal sea siempre idéntico, el uno las explica en plural y el otro en singular.

Algo sustancial y de importancia, que no de mero capricho, debió hallar el legislador de 1870 para cambiar el número de ambos sustantivos, apartándose en ello de la regla general de toda definicion y cuando precisamente el singular simplifica más la locucion y es por lo tanto más propio en tales casos.

Esto aparte y aunque por la frase misma de uno y otro, pueda desde luego suponerse en ambos el principio *ubi non est lex nec prævaricatio*, los términos precisos y concretos de las leyes no han de suponerse, sino que deben estar expresamente consignados en su texto, á fin de evitar toda interpretacion torcida y toda duda.

Indudablemente la definicion del delito, tanto en el Código de 1850 como en el reformado de 1870, sintetiza con la suficiente claridad cuanto abraza en sí y comprende la palabra, dentro del diverso sentido

en que los más eminentes publicistas la han venido explicando y comentando.

En ella está, como base fundamental, la infraccion de la ley penal,—que es el medio,—para conseguir un objeto prohibido,—que es el fin: están la violacion de un deber, el perjuicio al individuo, el daño ú ofensa á la sociedad, el quebrantamiento de un derecho; pero si no existe ley penal anterior, que marque y señale y castigue ese quebrantamiento, aquella ofensa, aquel perjuicio ó aquel daño, ni cabe infraccion legal con un fin ú objeto ilícito, ni puede, por consiguiente, haber delito.

El delito expresa tambien la libertad de accion, la voluntad y la malicia del infractor ó quebrantador del precepto de la ley y el conocimiento cierto del mal que se propone y hasta de los efectos naturales é inmediatos que el quebrantamiento libre, malicioso y voluntario ha de producir, porque sin estas indispensables circunstancias, que son las que enjendran la verdadera criminalidad, la infraccion deja de serlo.

«La conciencia humana—ha dicho Rossi—exige tres condiciones para que un agente sea responsable del hecho que ejecuta.»

Estas tres condiciones las hace consistir: la primera en el conocimiento tanto de la existencia del deber como de la naturaleza del acto, considerado en sí mismo y segun sus propias y naturales consecuencias; la segunda en la conciencia de que es susceptible de quebrantar tal deber, y la tercera en la libertad de cometerle ó de abstenerse de él.

Son precisamente las mismas que dejamos indicadas en las referidas tres palabras: *malicia*, *voluntad*, *libertad*.

De ellas nace en la inteligencia del hombre eso que se llama albedrío—*naturalis humanæ voluntatis libertas*—el cual consiste cabalmente en el discernimiento que la criatura racional tiene para elegir lo bueno ó lo malo, imprimiendo á sus acciones, en uno ú otro sentido, la moralidad ó inmoralidad que les son propias é inherentes y aceptando, por lo tanto, maliciosamente, voluntariamente, libremente, sus indispensables consecuencias.

Esta es la *imputabilidad*, respecto de las mismas; esta es la ocasion, en que la justicia humana interviene para hacerle responsable ante la ley del daño que ha causado, del perjuicio que ha inferido, castigando dentro de los límites del órden social, el quebrantamiento expontáneo del precepto, el abuso malicioso, voluntario y libre en que ha incurrido.

La ley moderna, por lo demás, en uno y otro caso, en uno y otro Código, ha llenado perfectamente el vacío en la explicacion que de los delitos dá la ley antigua—*Partida 7.ª título II*,—cuando en mayor analogía con la definicion de los utilitarios, prescindiendo por completo

de las omisiones, igualmente punibles, que consisten en no hacer lo que la ley manda que se haga, se limita á decir que son los *malos fechos que se facen de la una parte et a daño et a deshonra de la otra*.

Cierto: pero por más que la infraccion penal, considerada en absoluto, determine la ejecucion voluntaria y maliciosa de lo vedado por la ley, suponiendo y llevando en sí el bien del infractor á costa del bien, mejor dicho, produciendo el mal de aquel que es objeto del delito—siempre mayor el mal que el bien—ello es que la omision en el cumplimiento de un deber significa á su vez un delito, que puede entenderse ó decirse negativo, pero que no por eso deja de tener igual carácter y significar una infraccion igualmente justiciable.

Por esto es que la ley nueva, con el más cumplido acierto, ha dicho que es delito ó son delitos las acciones ú omisiones voluntarias, penadas por la ley; si bien en esta definicion no habria estado demás que á lo *voluntario* se hubiese agregado tambien lo *malicioso* y lo de *con anterioridad* penada; declaraciones ambas nada ociosas y con las cuales el sentido absoluto del precepto seria acaso más perfecto.

Además de cuanto acerca de la voluntad se deja escrito y salvo el caso de la imprudencia, que tiene su condicion especial, es la malicia hasta tal punto constitutiva de todo delito, que sin ella la criminalidad propia de cualquier hecho ó abuso justiciable perderia toda su eficacia y aun llegaria á desaparecer, imprimiendo al acto punible otro carácter diferente.

Tanto en el caso de las acciones como de las omisiones previstas y castigadas en el Código puede fácilmente suceder que una sea la intencion criminal del agente y otra la consecuencia, extraña á su voluntad y lejos de su idea, pero criminal tambien, en cuanto ofenda ó perjudique á persona diferente ó produzca algun otro delito no intentado.

Bajo el sentido concreto de esta última frase, el reformado de 1870, ensanchando el pensamiento, ha querido abarcar en el párrafo 3.° de su artículo 1.°, en que nos estamos ocupando, la frase, todavía más concreta de el de 1850, dándole mayor extension, aunque no tanta, sin embargo, que haya llenado su objeto por completo.

Si hubiera de entenderse que el mal de un acto punible solo puede recaer sobre persona distinta de aquella, á quien se trata de ofender, como se desprende del texto del segundo, esta limitacion excluiria la posibilidad de todo otro delito, contra lo evidentemente escrito; puesto que recayendo sobre otros objetos—no personas—bien puede de igual

modo resultar—aparte la voluntad en el agente—otro delito positivo é innegable.

La posibilidad de este otro delito, cualquiera que pueda igualmente ser su índole, está, sin duda alguna, comprendida dentro de la locucion que usa el reformado de 1870; pero es de advertir que aun cuando el mal constitutivo del mismo se refiere en él á las personas y á las cosas, como quiera que por su distinta naturaleza podria el delito no intentado revestir formas diversas y á incertidumbre ocasionadas, de aceptar son en una misma definicion ambas locuciones, por cuanto unidas desarrollan más el precepto, y sin confusion y sin repeticion de ideas dan al pensamiento más ensanche.

Un ilustrado comentarista, ya difunto, al tratar esta cuestion, ha significado la duda de si el reo, en la ocasion de que se acaba de hacer mérito, esto es, en la de que el mal ejecutado recaiga sobre persona distinta ó sea distinto del que se habia propuesto ejecutar, debe responder criminalmente de dos distintos delitos—del consumado y del frustrado—ó de uno solo.

Su ejemplo y parecer son los siguientes:

Intencion, ánimo, decidida voluntad de matar á una persona, disparando un arma de fuego sobre ella.

La persona á quien se quiere ofender queda, sin embargo, ilesa; pero el proyectil, dando sobre una hacina de mieses, la incendia y la destruye.

Dos delitos—dice—homicidio—ó asesinato—frustrado el uno, objeto indubitado de la intencion y del deseo: incendio consumado el otro, sin intencion, pero con gravísima imprudencia.

De estos dos supuestos deduce que siendo el agente autor de ambos delitos, por los dos debe ser juzgado y castigado; si bien en cuanto al homicidio, dentro de su condicion de frustrado y en cuanto al incendio consumado, no por razon absoluta del mismo, sino por imprudencia temeraria.

No estamos conformes.

Y siendo esta cuestion de tanta monta, vamos á indicar nuestra opinion acerca de ella.

El que con arma de fuego se propone matar á una persona y con tal intencion y con tal ánimo practica todos los actos que deben dar por resultado el homicidio ó el asesinato—segun sus circunstancias—esto es, le apunta y le dispara, si por la poco acertada direccion del proyectil ni la mata ni la hiere, el delito de asesinato ó de homicidio, aunque frustrado, existe, y la responsabilidad del agresor es evidente.

Y si ese proyectil, que no ha herido ni ha matado, dando sobre una

hacina de mieses la incendia y la destruye, el mal ejecutado, distinto de aquel que el culpable se habia propuesto ejecutar y que constituye el delito de incendio consumado, es igualmente indudable y su autor incurre por lo tanto en la pena de la ley.

Pero esta pena no puede en modo alguno ser la señalada á la imprudencia, puesto que en el acto ejecutado hubo voluntad dañada y ánimo criminal y malicia cierta; de manera que con estas circunstancias, que constituyen la verdadera responsabilidad, tanto habrá de quedar sujeto á ella por el homicidio ó asesinato frustrado como por el incendio consumado, en el concepto de tal delito y no como imprudencia.

Esto no obstante y dada esa doble responsabilidad forzosa, dentro del párrafo 3.° del art. 1.° de ambos Códigos, no se le podrán aplicar las dos penas, que el vigente de 1870 señala al homicidio ó asesinato y al incendio, porque siendo notoriamente los dos producto de un solo hecho, es decir, constituyendo este dos delitos y segun lo dispuesto en el artículo 90 del mismo—77 de el de 1850—se le habrá de imponer en su grado máximo la pena del más grave.

Cualquiera, pues, que sea la redaccion que del art. 1.° se adopte en la reforma, no holgarian en ella ni serian, en nuestro concepto, ociosas ó superabundantes las palabras antes indicadas, pudiendo extenderse en esta forma:

Es delito ó falta toda accion ú omision voluntaria, con anterioridad penada por la ley.

Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

El que cometa voluntaria ó maliciosamente un delito ó falta, incurre en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado sea distinto del que se ha propuesto ejecutar ó recaiga en persona distinta de aquella á quien vaya dirigido.

La palabra *delito* tiene una acepcion absoluta, general é ilimitada. Dentro de ella caben todos los hechos dignos de castigo, comprendidos en la Ley penal, que más ó ménos extensamente suponen infracciones de la misma.

Otra palabra hay, sin embargo, especial y más concreta, que sin alcanzar ni abarcar tanto en su significacion, sirve de orígen y dá por lo regular nombre y carácter á cuanto con las leyes penales se liga y relaciona: la palabra *crímen*.

Ley de enjuiciamiento criminal—se dice—*ley de casacion criminal; derecho criminal; sala de lo criminal*—en las Audiencias y en el Tribunal Supremo—*causa, proceso criminal, responsabilidad criminal.*

Esto es, sin duda, no solo por la mayor facilidad ó fluidez de la locucion, sino tambien porque el crímen, dentro siempre de la esfera del delito, se eleva á la categoría superior de las acciones penales y lleva consigo mayor suma de agravacion, por su mayor inmoralidad, por su más grande perjuicio al interés particular y al órden público y por sus más funestas y trascendentales consecuencias.

Segun la antigua legislacion, las penas aflictivas ó infamantes determinaban los *crímenes:* las penas menores *los delitos.*

Por eso, como ha escrito un eminente jurisconsulto, «todo crímen es un delito; pero no todo delito es un crímen.»

Las acciones, pues, y las omisiones voluntarias y maliciosas con anterioridad penadas por la ley, constituyen, segun su mayor ó menor gravedad y en su respectiva acepcion, los delitos ó los crímenes.

No es que en la legislacion moderna se defina de una manera expresa esa diferencia, entre los hechos que arguyen infraccion penal, al tenor de su índole, más ó ménos grave; pero tácitamente continuada y aceptada, así pueden tambien entenderse dentro de ella.

Dados los antecedentes de orígen, esa es precisamente la teoría que en sustancia parece desprenderse de los arts. 5.°, 6.°, 18 y 19 del Código de 1870, por más que en él nunca se hable de crímenes, sino siempre y exclusivamente de delitos.

Tambien ha desaparecido de la nueva Ley penal la palabra *cuasi-delito*, sustituida en la apreciacion de las circunstancias y condiciones esenciales del mismo por la de *imprudencia temeraria*; sucediendo que las que hoy llevan la denominacion de faltas, definidas respectivamente en el art. 1.° de los Códigos de 1850 y 1870 y señaladas en el libro III de uno y otro, vienen á ser, por punto general, las antiguas infracciones que en las *veintiocho leyes* del libro XV, de la Part. 7.ª se hallan contenidas.

Como infraccion de la ley se ha venido teniendo además, y ha constituido á su vez otra imprudencia ó negligencia, aunque todavía de ménos importancia, ni más ni ménos que la llamada culpa, en sus tres clases de *lata, leve* y *levísima*, la que en cierto modo es y puede tomarse por esa que hoy en el núm. 3.° del art. 605—493 de el de 1850—se castiga.

Se dice *prestar la culpa* á la obligacion en su autor de responder del daño producido por la misma.

Esta prestacion, anexa gradualmente y segun su naturaleza á los

contratos civiles, no tiene una verdadera aplicacion dentro de la materia criminal, objeto de este libro, donde, sin ir más allá, basta para su recuerdo la indicacion que queda hecha.

«La accion penal es pública.»

De esta premisa tan terminante, que constituye el literal contexto del art. 2.° de la Ley de Enjuiciamento criminal de 22 de Diciembre de 1872, pudiera deducirse en absoluto la consecuencia de que todos los delitos comprendidos en el Código son públicos.

Las excepciones contenidas en los arts. 4.° y 5.° de la misma vienen, sin embargo, á demostrar, no solamente que siguen siendo, como siempre han sido, *públicos* y *privados*, sino tambien que deben entenderse en el sentido de estos últimos las faltas, que en el párrafo segundo del segundo de aquellos se designan.

Sabido es que esa division de los delitos en *públicos* y *privados* proviene de la ley romana, que todavía los subdividió en *ordinarios* y *extraordinarios*, y hasta en *capitales* y *no capitales*, tomando esta última clasificacion de las penas, con que respectivamente eran castigados.

La antigua legislacion francesa conservó en la práctica esas mismas distinciones, y el Código del Brasil, aceptando las dos primeras, como la han aceptado otros varios, añadió una tercera, bajo el título ó denominacion de *delitos de policía*, hallándose comprendidos entre ellos, con algunos más, las ofensas á la religion y á la moral, las sociedades secretas, la mendicidad y la vagancia.

No hemos de entrar, por sin objeto y al plan de nuestro trabajo innecesario, en el exámen de la conveniencia ó utilidad de esas clasificaciones, divisiones y subdivisiones, sobre las cuales tanto han discutido autores de gran nota, entre otros los eminentes publicistas Benthan—tomo II, pág. 240,—y Mr. Rossi,—tomo tambien II, pág. 61—bastando á nuestro propósito y al fin de nuestro libro, las que siempre ha señalado la legislacion española y hoy en el Código de 1870 se encuentran virtualmente designadas.

Todos los que en el mismo se castigan, ya en el concepto de crímemenes, por su mayor gravedad, ya en el de delitos, por ser de ménos importancia, por regla general son *delitos públicos*.

Y se apellidan así porque, afectando directamente á la sociedad é interesando en gran manera al órden público, se persiguen y castigan de oficio, refiriéndose á ellos la *accion penal pública*, frase concreta

del citado artículo 2.° de la ley de 22 de Diciembre de 1872—*que pueden ejercitar todos los ciudadanos españoles*,—con arreglo á las prescripciones de la misma.

Excepcion de esa regla general, en el concepto de *delitos privados*, cuya ofensa se refiere exclusivamente á determinadas personas, en quienes solamente reside el derecho para perseguirlos y hacer que se castiguen, son los señalados en los arts. 448, 452, 458, 467 y 471 del Código penal, á saber: el adulterio, la mancebía del marido dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, el estupro, la injuria y la calumnia.

Dos delitos registra además y pena aquel, que, sin violencia, pueden entenderse *mixtos*, es decir, que son públicos y privados, puesto que participan de la naturaleza de estos y de aquellos: la violacion y el rapto con miras deshonestas.

Son privados, en cuanto para proceder respecto de ellos, al tenor de lo dispuesto en los párrafos 2.° y 3.° de su artículo 463, se necesita la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia, ó del procurador síndico ó del fiscal, por fama pública, si la agraviada fuere de todo punto desvalida.

Son al propio tiempo públicos por aquello de que, interesando tambien y muy directamente á la sociedad, una vez hecha la denuncia, el procedimiento criminal sigue de oficio, salvo el caso del perdon de la parte ofendida, en los términos que el mismo artículo en sus párrafos 4.° y 5.° consigna y establece.

No serán castigados otros actos ni omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas.

Este, que es el primer párrafo del art. 2.° del Código de 1850, y que confirma nuestra opinion respecto de uno de los puntos que dejamos indicados más arriba, ha sido eliminado ó suprimido en el artículo tambien segundo de el de 1870, sin duda por haberlo considerado superabundante ó no preciso.

Aceptada la frase *con anterioridad*, que hemos intercalado en la definicion del art. 1.°, desde luego el expresado párrafo viene á ser ocioso.

No aceptada, ni lo es ni puede serlo. Sin ley previa, que pueda quebrantarse, el quebrantamiento, natural, moral y materialmente, es imposible.

El pensamiento y objeto de este art. 2.°, en su párrafo 1.°, van sin duda encamidados á garantizar la libertad individual contra la arbitrariedad humana, erigida en acto de justicia: significan el derecho de castigar regulado en su principio por la ley.

Si entrásemos de lleno en el exámen de las diversas cuestiones, que bajo este tan importante aspecto entraña la disposicion penal, que analizamos y estudiamos, tendriamos necesariamente que desistir de la concision y brevedad que nos hemos propuesto y á que nos sujeta el plan de nuestro trabajo en esta obra.

Los opuestos sistemas, sin una solucion hasta el presente cierta y positiva, y las ámplias discusiones, sin resultado práctico, que desde muy pasados tiempos han venido sosteniendo distinguidos publicistas, dentro de la filosofía y de la ciencia del Derecho, necesitan un estudio especial, concreto y exclusivo, puesto que habiendo de entrar en la apreciacion *de lo justo y de lo injusto*, que algunos filósofos no admiten y en la apreciacion tambien de lo conveniente, útil y legítimo, nos desviaríamos á una gran distancia de nuestro verdadero punto de partida.

La legitimidad, la utilidad, la conveniencia del castigo están reconocidas por todos los hombres pensadores, admitidas en todos los Códigos y aceptadas á su manera y aun en medio de su falta de educacion moral y social, hasta por los pueblos ménos cultos.

La legitimidad, sin embargo, la utilidad, la conveniencia del castigo debe declararlas la justicia.

Pero téngase en cuenta que no seria justicia, en este caso, aquella que en su fundamento y base esencialísima de dar á cada uno lo que es suyo, impusiese una pena al hombre honrado ó diese un premio al delincuente.

La justicia, que regula el derecho de castigar y determina la pena igual ó equivalente al mal causado, está en la conciencia íntima de la sociedad; en eso que se llama la conciencia pública, rigurosamente inexorable contra cualquier acto que no se sujete á ese inflexible nivel que fija y señala la compensacion natural entre las acciones ilícitas y el castigo necesario.

La justicia, dentro del derecho filosófico penal, es la que sujetándose á la ley prévia, no con la severidad, no con el rigor, no con la dureza de la antigua ley, en aquello *de ojo por ojo, diente por diente*, sino moderadamente y en cuanto con su fin moral y social es compatible, establece *el caso del mal remunerado por el mal*, segun la elocuente frase de un distinguido publicista italiano: esto es, el caso del daño ó perjuicio inferido, purgado por la pena impuesta.

Esta pena, sin embargo, no puede aplicarse sino en virtud de méri

tos bastantes, con el debido conocimiento de causa y la indispensable medida, que responda á la razon filosófica de la ley y á la exactitud de compensacion entre el daño y el castigo.

Queda, pues, evidentemente demostrado que el espíritu del art. 2.° del Código envuelve y significa la garantía de la libertad individual contra la arbitrariedad humana, erigida en acto de justicia.

Pero si, en afirmacion de ese mismo objeto, esencialmente moral y de todo punto justo, el tribunal que tenga conocimiento de algun hecho, que estime digno de castigo y no se halle previsto por la ley, debe exponer al Gobierno los motivos que le asistan para creer que debiera ser objeto de sancion penal, ¿cómo, en cumplimiento de ese mismo artículo, *se ha de abstener de todo procedimiento acerca de él*, cuando precisamente en el procedimiento es donde mejor puede encontrar y fundar la razon que la ley busca y le exige?

Esto no es posible.

Sin procedimiento prévio no cabe el exclarecimiento de las circunstancias del hecho no previsto; sin una escrupulosa averiguacion preliminar no puede llegarse con el debido acierto á la apreciacion justa entre lo ilícito, que no se conocia, y la pena con que debe castigarse.

En buen hora que incohado el procedimiento, depurados, en cuanto se consideren suficientes, los detalles, accidentes y caractéres del hecho nuevo y consignadas la razon de lo punible y la omision en esta parte de la ley, el tribunal, sin adoptar providencia alguna respecto de su autor—salva la declaracion indispensable—sobresea y cumpla con el precepto del Código, elevando el resultado de las diligencias—originales ó por certificacion ó testimonio—á conocimiento del gobierno; que así tambien toda arbitrariedad podria quedar sujeta; pero eso de abstenerse en absoluto de proceder, como en el Código se ordena, sería tanto como descubrir el mal y no buscar, dentro del mal mismo, la verdadera oportunidad de su remedio.

«...*se abstendrá de todo procedimiento sobre él*...»

Adviértase, á este propósito, que desde el momento en que un tribunal tiene noticias de la perpetracion de un hecho, que reviste apariencias de un delito público, no puede abstenerse de proceder sobre él, cualquiera que sea despues su resultado.

Esa abstencion podria ser el principio del camino de la impunidad.

En el caso de que un tribunal conozca de un hecho que estime digno de represion y no se halle penado por la ley, limitará el procedimiento á la averiguacion de sus detalles y lo expondrá al Gobierno con las razones de la necesidad de su castigo..

En esta forma ú otra parecida ó análoga podria redactarse el párrafo

primero del art. 2.°, sin que nada nos ocurra exponer respecto del segundo, que en el Código de 1850 era el tercero y en uno y otro perfectamente iguales.

Un escritor moderno ha combatido esta disposicion por su tendencia y por su espíritu, pretendiendo que equivale á encargar á los tribunales la censura de la ley, que no les corresponde y cuya mision—adhiriéndose respecto de este extremo á la opinion de Filangieri—cree que deberia estar á cargo de un magistrado especial, como antiguamente estaba en Roma.

El resultado, en este caso, seria completamente negativo.

Tanto los hechos desconocidos ó dudosos, en el concepto de justiciables ó punibles, como aquellos otros, cuya pena, por la rigurosa aplicacion del Código, puede resultar notablemente excesiva, que es la disposicion del 2.° párrafo del art. 2.°, como las acciones ú omisiones indeterminadas, acaso justiciables, pero que no han sido objeto de sancion penal, solamente por los tribunales pueden apreciarse con cabal criterio y con la exactitud indispensable.

Allí donde las denuncias se hacen y las querellas se entablan y se presentan las pruebas; donde las circunstancias se estudian, donde las leyes se interpretan y se aplican, donde la experiencia y la práctica abonan el acierto, allí mejor que en las regiones de la suprema policía—como el citado escritor dice—puede comprenderse y explicarse lo que tales acciones ú omisiones indeterminadas ó tales hechos desconocidos ó dudosos tienen de abusivo y hasta dónde llega en ellos el grado de inmoralidad, á que la severidad de la pena ha de ajustarse.

En ambos párrafos es el art. 2.° del Código perfectamente previsor y concienzudamente justo.

DELITO FRUSTRADO.—TENTATIVA.

Una de las cuestiones más difíciles, más complejas y más graves del derecho penal es seguramente la que se refiere al deslinde propio, natural y exacto entre las acciones ú omisiones maliciosas y voluntarias penadas por la ley, que han llegado al complemento de su ejecucion, por todos los actos anteriores y concomitantes, inherentes á las mismas y aquellas otras, que dentro del expontáneo arrepentimiento del agente, ó por accidentes imprevistos ó por causas agenas de su voluntad, no se consuman.

Todo delito ofrece en su desarrollo, para que este sea perfecto, cuatro distintos períodos, que pueden existir separadamente y con entera independencia, pero insuficientes, cada uno por sí solo, para constituir, en toda su plenitud, el hecho inmoral penado por la ley.

Por breve y rápido que sea el intérvalo ó espacio de tiempo que medie entre el pensamiento y la ejecucion material de todo delito, siempre al acto exterior, primera indicacion del mal que se concibe, precede un acto interno, que es gérmen del mismo, más ó ménos desarrollado despues y desenvuelto, pero que todavía se puede extinguir dentro del corazon sin cobrar vida.

Cabe muy bien en algun caso el movimiento instantáneo entre la idea criminal del agente y el primer acto externo, que la determine, sin que, no obstante, llegue á pasar este segundo del límite de la voluntad, en que se engendra.

En el hombre desprevenido, por ejemplo, que encontrando casualmente en la calle á un rival suyo y pensando y resolviendo en aquel mismo momento darle muerte, echa mano del puñal que lleva en el bolsillo y da el primer paso para acometerle, en cuya misma crítica ocasion, cambiando de pensamiento, dentro del bolsillo mismo oculta y abandona el arma, que no llega á sacar y sigue adelante sin mirarle ó vuelve atrás arrepentido.

Hé aquí, pues, el primer período de todo delito, si breve á veces, más detenido muchas otras y tan dilatado en ocasiones dadas, que no puede ménos de significar ó indicar la verdadera premeditacion, que desde su orígen lo agrava y cualifica.

Este primer período, este primer acto interno, que no trasciende á

la esfera social, es de suyo y dentro de la misma, completamente inofensivo.

La ley no puede llegar hasta él; la ley no puede castigarlo.

Por punto general, el primer período de toda idea criminal, que es la que nace en el corazon y se desarrolla en la voluntad, no va más allá de lo que la voluntad, en su interior y el corazon alcanzan.

La simultaneidad instantánea entre la concepcion de un delito y su ejecucion, osasionada casi siempre por motivos de verdadero arrebato, excluye, respecto de ambos actos, un deslinde práctico.

En tales casos, que suelen ser frecuentes, el delito no ofrece en sí más que un período, confundiéndose en él tanto los actos internos como los externos que lo constituyen.

Aquí la tentativa desaparece; mejor dicho, no adquiere forma ni carácter.

Considerada, no obstante, la cuestion en absoluto, como punto de doctrina y segun la expresada division de los cuatro períodos, que median ó pueden mediar desde la concepcion interna del crímen hasta su total consumacion, no existe razon alguna por donde la ley penal pueda interponerse entre el agente, que solo medita y su secreta intencion y su deseo.

El asesino se oculta en lo más retirado de su hogar y carga la escopeta, con que resuelve dar muerte á su víctima: el ladron amparado de la oscuridad de la noche ronda la casa que piensa escalar ó cuya puerta le ha de ser franqueada y espera la ocasion propicia para ello: el incendiario compra la tea, con que ha de hacer arder la mies agena; pero como esto de comprar lo que puede servir para otros usos no vedados y de andar por la calle y de cargar una escopeta, bajo su aspecto exterior, son actos lícitos, nadie podrá decir por ellos que el primero sea un asesino, el segundo un ladron y el tercero un incendiario.

Y sin embargo, el gérmen del delito, naciendo de la voluntad en cada uno, principia á tomar forma, como base natural de su desarrollo sucesivo.

Un paso más en la ejecucion del proyecto, y ese desarrollo, brotando al fin de lo secreto del corazon, donde el gérmen ha fecundizado, como la semilla brota en la tierra, dá de sí la tentativa; esto es, la primera hoja ó el primer tallo de la venenosa planta que, en último resultado, si antes no se troncha ó no se seca, ha de dar de sí su amargo fruto.

Y así como esta planta, que crece y se extiende y cobra vida á medida que su raiz le va prestando jugo, así tambien la idea inmoral, raiz y base del delito, tomando consistencia en el corazon y fuerza en la vo-

luntad, adquiere sucesiva y gradualmente todos sus naturales caractéres, llegando á lo más que puede llegar; que si en la cicuta es el veneno, en el delincuente es el asesinato, el robo ó el incendio.

El primer período, pues, del acto criminal penado por la ley, está precisamente en esa idea primera, vaga acaso, indeterminada tal vez, incierta ó poco fija: está en el pensamiento que se desprende de un instinto hostil á la moral y en el proyecto que más tarde se concibe y en el propósito que se abriga de herir, de robar ó de incendiar, cuando por ningun acto externo ha llegado á revelarse.

El segundo depende de ese mismo criminal secreto instinto, de esa misma voluntad, de esa intencion hostil, subordinados ya á los preparativos, más ó ménos determinados, de su ejecucion, pero que tropiezan en su realizacion con algun inesperado obstáculo, que, á su pesar, no puede vencer el delincuente.

Cuando el asesino, que ha cargado con bala su escopeta y ha salido en busca de su víctima, se encuentra con que le falta el piston y no puede dispararla: cuando el ladron, que va á escalar la casa agena, armado de todos los útiles necesarios, se dirige á ella y no puede realizar su intento, porque vé al sereno en frente: cuando el incendiario, que con la mecha prevenida sale al campo y tiene que retroceder sin llevar su plan á efecto, por haberla perdido en el camino.

Si estos tres hechos se prueban dentro de sus expresadas condiciones, la tentativa es en cada uno de ellos indudable.

El tercero avanza en la ejecucion un grado más.

Ya no es que un accidente extraño á la intencion del agente impida á éste continuar en su propósito; es que poniendo de su parte cuanto su deseo le sugiere, cuanto su voluntad le ayuda, cuanto su situacion le presta y le permite, de tal manera que en su situacion y con toda su voluntad y con todo su deseo nada le falta para conseguir el fin material, que se ha propuesto, este fin material, sin embargo, no es el crímen con todas sus naturales, propias y precisas consecuencias y en toda su extension.

Cuando el asesino, acechando á su víctima en solitaria emboscada, dispara fijamente sobre ella su escopeta y, á pesar de todo, el proyectil no obedece ni á la puntería ni á la intencion: cuando el ladron, al escalar la casa agena y al apoderarse de los objetos que halla dentro, es sorprendido por los criados de la misma ó por los agentes de la autoridad y detenido y preso: cuando el incendiario arroja su mecha en medio de las mieses, y al observarlo los labradores inmediatos acuden y las salvan.

Si estos tres hechos se verifican dentro de esas circunstancias res-

pectivas, el delito frustrado, en cada uno de los tres, es innegable.

Pero las mieses arden; el ladron se apodera de cuanto en la casa agena cuadra á su propósito y huye y desaparece y se lo lleva; el proyectil atraviesa el corazon de aquel contra quien el culpable lo dirige y entonces el asesinato, el robo, el incendio quedan consumados.

Este es, por lo tanto y como se deja comprender, el cuarto y último período; precisamente el que supone y significa y lleva consigo en todas sus consecuencias y en toda su extension la perpetracion del crímen: el que habiendo nacido del instinto hostil, más ó ménos fluctuante y vago, de la idea inmoral, más ó ménos decidida y fija, prendiendo al fin en la voluntad, adquiriendo fuerza en el corazon, pasando del acto interno, que en sus diferentes fases no es más que el gérmen del mal, al primer acto externo, donde comienza á revelarse su existencia y desenvolviéndose sucesivamente por medio de todas las combinaciones que favorecen su más perfecto desarrollo, acaba por dar de sí en toda su plenitud el hecho vedado que la ley castiga.

No es, pues, tan imperceptible—como dice un escritor contemporáneo—la línea divisoria entre la tentativa de delito y el delito consumado ó el frustrado, ni tan oscura ni tan vaga, que el criterio de los tribunales no sepa desde luego y con el necesario acierto establecerla; por más que puedan ocurrir casos de mayor dificultad, sobre todo, cuando los actos agresivos se dirigen contra las personas.

De cualquier manera, el más ó el ménos del proyecto, el más ó el ménos de la ejecucion, lo dan de sí, por regla general, las circunstancias mismas y los antecedentes y los detalles y los pormenores del delito.

Y esto es más de tener en cuenta y tanto más de ser apreciado y estimado, cuanto que desde el «non meresce por ende pena alguna el home que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase á obrar por el» hasta el «muera por ende» de la antigua ley, tanto entonces como ahora la penalidad de todo hecho punible, una vez puesto en ejecucion y bajo este punto de vista, se halla subordinado á la verdadera y más exacta clasificacion de esos sus tres últimos períodos, que forman su existencia y se impone en proporcion á los actos verificados para completarla, segun llega ó no á ser, y avanza en su perfeccion y se frustra ó se consuma.

Excusado parece significar, trayendo á la memoria el *cogitationis pœnam nemo patitur*, consignado en el libro 48 del Digesto, ni hay para qué repetir, que solamente los hechos son los que se hallan sometidos al imperio de la ley.

«Ni los primeros movimientos de las voluntades son en poder de los homes—como dice la XXXI de la Partida VII—ni los malos pensa-

mientos que vienen muchas vegadas en los corazones de ellos, de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo por fecho, merescen pena, si se repintiesen e non los llegasen á complir.»

«Mas si despues que lo oviesen pensado se trabajasen de lo complir, comenzándolo á meter en obra, magüer no lo compliesen del todo, entonce serian en culpa et mereceriam pena de escarmiento, segun el yerro que fizieron, por que erraron en aquello que eran en su poder de se guardar de lo facer si lo quisieran.»

Hé aquí, pues, en esas antiguas y elocuentes frases la síntesis de la moderna teoría, con relacion al castigo de la tentativa de delito y del delito frustrado, en cuya definicion no han estado conformes los reformadores del Código de 1850, que han dado en el suyo de 1870 otra muy distinta.

Dice el hoy vigente:

3.° *Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecucion, que deberian producir como resultado el delito y sin embargo no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.*

El de 1850 lo define de este modo:

Hay delito frustrado, cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

Las definiciones de las leyes, supuesto que algunas veces sean precisas—como sienta Pacheco en sus Comentarios al segundo,—han de tener ese carácter material, tangible, que no permita dudas ni cuestiones, respecto de los hechos ó materias que declara; debiendo expresar con una sola palabra la multitud de casos, que el legislador en su fórmula ha encerrado.

Comparadas bajo estas condiciones las que del delito frustrado ofrecen ambos Códigos, y prescindiendo en esta parte de las que conciernen á la tentativa, cuya diferencia es en realidad de poca monta, la ventaja resulta en favor de la segunda.

Indudablemente el Código de 1850 en la suya es más claro, más preciso y más concreto.

Practicar todos los actos de ejecucion que deberian producir como resultado el delito, es, hasta cierto punto, la consumacion del mismo.

Si todos los actos que han de producirlo llegan realmente á practicarse—nos atenemos á la letra—el hecho en sí queda perfecto.

No lo producen, sin embargo.

Pues si no lo producen, la expresion gráfica de la ley, aunque otra haya sido su intencion, la conclusion literal, ineludible, que de la frase se desprende, siquiera otro sea su espíritu, es que, ápesar de la práctica de todos los actos de ejecucion que debieron producirlo, en último resultado no hay delito, bajo la forma que ella explica.

Luego no resulta verdadera armonía, no existe consecuencia lógica perfecta entre el párrafo 1.° y el 2.° del art. 3.° del Código de 1870: luego el delito frustrado, si no mal definido, está acaso algo oscuro.

Y el culpable que practica ¿no es el mismo agente, al cual se refieren á renglon reguido las causas independientes de su voluntad?

Pues véase y obsérvese que la locucion en sí—no es que lo exprese—sino que parece como que expresa dos distintas entidades: el agente y el culpable.

«.....*Cuando el culpable*—dice el de 1850,—*á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito, por causas independientes de su voluntad*.»

Este es precisamente el punto objetivo, de donde con más concision y claridad ha de nacer la distincion: la voluntad del agente en su relacion con el éxito definitivo del acto que ejecuta.

Tiene razon el Código de 1870, bajo el concepto de que el delito frustrado, apartándose de la tentativa, en cuanto ésta solo constituye uno ó más de los actos prévios, con que se principia á darle forma, significa ya por sí y supone el delito todo entero, considerado dentro del libre arbitrio y de la voluntad del delincuente.

Pero no puede desconocerse cuanto tiende á la oscuridad y confusion del pensamiento ó de la idea, segun en su redaccion ha sido reformado, desde el momento en que se dice que *practicados todos los actos de ejecucion, que deberian producir como resultado el delito, no lo producen sin embargo*.

En realidad sí lo producen.

El acto — como dice Rossi — está terminado, en cuanto depende del agente: la resolucion criminal se ha desenvuelto completamente; ya no cabe desistimiento ni posibilidad de arrepentimiento antes del hecho.

Lo único que hay, lo que con el delito frustrado, en las condiciones de su propia índole, viene á suceder es que, quedando cumplidos en toda su plenitud los efectos de la voluntad, por medio de los diversos actos consumados que el criminal practica, al logro de su objeto, el mal que produce, por caúsas independientes de la misma, no adquiere todas sus naturales proporciones; siquiera en nada puedan considerarse ate-

nuadas las ofensas que á la moral, á la sociedad, al órden público y á la razon se infieren.

Claro es, pues, que así el delito frustrado como la tentativa, ésta en menor escala que aquel, y aquel ménos á su vez que el consumado, son y deben ser punibles.

Las legislaciones extranjeras, que nos son más conocidas, aceptan esas divisiones y aceptan tambien esas penas graduales, si bien las aplican con alguna diferencia.

El Código francés, reformado en 1832, dá las mismas proporciones del delito en sí—artículo 13—á toda tentativa manifestada por un principio de ejecucion, cuando no haya sido suspendida ó no haya producido efecto por causas independientes de la voluntad de su autor.

El Código austriaco—artículo 40—incluye la tentativa entre las circunstancias atenuantes, que se derivan del hecho mismo, segun éste haya llegado más ó ménos cerca de la consumacion.

No así el de Napoleon, que confunde en sus términos—artículos 69 y 70—la tentativa con el delito frustrado, determinados en uno y otro caso por causas fortuitas; mientras que el del Brasil—artículo 2.°—deja impune la tentativa, salvo cuando se refiere á un hecho penado con más de dos meses de prision ó con destierro.

Nuestro Código de 1822, que en su art. 9.° estableció la no punicion del pensamiento ó resolucion de delinquir, cuando todavia no se hubiese practicado acto alguno para preparar ó empezar la ejecucion de un delito, llamó á la tentativa—artículo 5.°—manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior, que diese principio al mismo y lo preparase, considerándola justiciable, siempre que no hubiese sido suspendida ó hubiese dejado de tener efecto por alguna casualidad ó por circunstancias de la voluntad del autor independientes.

Vienen, pues, á resultar las siguientes conclusiones:

Primera. Que, aparte los malos pensamientos, cuyos grados de intencion y malignidad, dentro de la humana flaqueza, no es dado puntualizar y precisar, puesto que en cada caso obedecen indistintamente tanto al carácter, como á la índole, como á la inclinacion y desde luego á la educacion de aquellos que los conciben, y una vez concebidos, entre vacilaciones más ó menos íntimas, en lucha más ó ménos abierta con su conciencia, ofuscados tal vez por el ódio ó la venganza, ó deslumbrados por la codicia, ó instigados por cualquier otro móvil, siempre impuro, no van más allá de aspirar á lo que despues no se deciden, ó, decididos interiormente, al cabo se arrepienten; aparte—decimos—los malos pensamientos, que el Código no pena, el primer paso que el delincuente dá—segundo período del delito—*para meterlos por obra*, por medio de al

gun acto externo, que los determine, siquiera por un suceso imprevisto ó por una circunstancia inesperada, retroceda contra su voluntad, y vuelva atrás, es lo que la ley llama *tentativa.*

Segunda. Que cuando, sin esa inesperada circunstancia ó aquel suceso imprevisto, avanza todavía en la ejecucion de su propósito y llega hasta donde puede llegar, y hace todo lo que puede hacer, y realiza todos los actos que deben producir el crímen, y, á pesar de semejante decision y cuando tiene su obra en todos conceptos y con relacion á sí mismo terminada, y la cree perfecta, se encuentra con que el hecho no ha llegado á ser en toda la extension de sus consecuencias lo que necesariamente debió ser, atendidas su voluntad y su intencion, tenemos un *crímen ó delito frustrado,* que puede serlo en más ó serlo en ménos, segun el daño ó mal que se produzca.

Tercera. Que cuando el hecho penado por la ley llena *ad plurimum* todas las condiciones de la infraccion, respondiendo á la intencion del culpable y satisfaciendo completamente su deseo, se llega sin incertidumbre al *delito consumado.*

Los casos de mayor dificultad para definir con entera exactitud ese deslinde y que con más frecuencia ocasionan en los tribunales de justicia dudas y debates, son, por lo regular, los que nacen de la agresion á las personas.

Las propias y naturales condiciones, así del hurto, por ejemplo, como del robo ó del incendio, se prestan por sí mismas al análisis de esa declinacion progresiva, que determina los grados de culpabilidad é imputabilidad del agente, en la esfera de lo *intentado, frustrado* ó *consumado;* siendo fácil, por lo tanto, decidir con cabal acierto cuándo cualquiera de aquellos delitos queda en la primera, ó sale de ella y entra en la segunda, ó pasando de la segunda llega por fin á la tercera, que es el complemento.

No sucede lo mismo respecto de los que se cometen contra la honestidad, la honra ó la vida, cuyos verdaderos caractéres, si desde luego ciertos, dada su consumacion, cuando ésta aparece realmente demostrada, pueden confundirse entre los límites de lo que solo fué preparacion para llegar al fin propuesto y ese mismo fin, dentro de todos sus accidentes necesarios, pero sin el resultado lógico, que parecia ser inmediatamente indispensable.

La bofetada dada por un hombre en la mejilla de otro hombre, delante de testigos, es la injuria misma, en todo el lleno de la ofensa que supone: el estado patológico de una niña menor de doce años, con los signos exteriores é interiores y con todos los caractéres sintomáticos de la fuerza ejercida en ella, revela, á no dudar, la violacion: el cadáver

de un hombre con el pecho atravesado por una bala ó un puñal, denota evidentemente la perpetracion de un homicidio ó de un asesinato.

Pero este hombre atravesado no está cadáver, como á la simple vista pudo comprenderse, y á pesar de la herida logra salvarse y sobrevive á ella : los signos de la violacion en la niña menor de doce años no están claramente definidos: la mano del agresor no llega á dar en el rostro de la víctima, porque alguno de los circunstantes le detiene oportunamente el brazo, ó porque el mismo ofendido consigue huir el golpe, ¿cómo buscar con buen acierto en esos tres hechos, puestos por ejemplo, la suma de imputabilidad que ha de resolver en cada uno la cuestion de la tentativa ó lo frustrado?

Muy ocasionado á error seria indudablemente querer establecer para ellos reglas fijas, y bien será observar, en esta parte, que todos nuestros comentaristas, huyendo tal vez de esa misma ocasion y comprendiendo la dificultad, se han limitado á observaciones generales, que si en absoluto pueden explicar y resolver incertidumbres, no llenan sin embargo, el objeto de una consulta práctica ni llegan á facilitar la explicacion jurídica y la solucion de casos dados.

No abrigamos nosotros tan atrevida pretension, por cierto.

Séanos lícito, no obstante y á lo menos, escribir cuatro palabras, á fin de no dejar en nuestro libro ese vacío, que en otros de muy distinguidos autores hemos visto muchas veces censurado.

Ni se extrañe tampoco cuánto dejamos correr acerca de esta materia nuestra pluma, ya porque el asunto, uno de los más importantes del Código lo exige, ya porqne esta teoría de las tentativas de delito y delitos frustrados, poco definida ó descuidada en la legislacion antigua, es en la actualidad y habrá de ser en adelante,—cualesquiera que sean las reformas que se adopten,— una de las bases esenciales para decidir en muchas y muy frecuentes ocasiones sobre la culpabilidad é imputabilidad de las acciones ú omisiones maliciosas y voluntarias penadas por la ley.

De ninguna manera mejor que por medio de una série de ejemplos prácticos podria desenvolverse y explicarse esta doctrina.

Dado, sin embargo, el plan de nuestro libro, sobre ser esto harto difuso, vendria á resultar para esta seccion del mismo una extension relativamente impropia, por haber de abrazar muchos de los puntos, que entre los demás han de dividirse y por cuanto habrán todavía de entrar en ella algunas otras apreciaciones, tomadas de sentencias, en recursos de casacion, que por el Tribunal Supremo se han dictado.

La cuestion, empero, es de suyo importantísima y bien será consagrarle algunas líneas dentro del terreno práctico, á que con toda intencion la hemos traido.

Meditemos:

Un pastor que guarda sus ovejas en el monte, ve aparecer en lo alto de una colina próxima una jóven, que lleva un haz de leña en la cabeza.

Una mala idea se apodera de su alma.

Son la doce y media de la mañana; todos los labradores de la comarca han dejado sus faenas volviendo al pueblo, que está á corta distancia, para comer y descansar; mira en derredor suyo, nadie hay por aquellos contornos que le vea, y aquella soledad aviva sus deseos.

La jóven avanza mientras tanto en su camino, y el mal propósito adquiere en el pastor mayor violencia.

—Es María,—piensa entre sí,—la muchacha más linda y más honesta del lugar. Oh! no: no me atrevo: es sobrina del alcalde; si yo la hiciera algo, se volveria á su hogar llorando y su tio y todos los vecinos vendrian en seguida contra mí.

El gérmen del crímen, sin embargo, ha penetrado ya en su corazon: si la conciencia ó el temor pueden apartarle por algun momento de su idea, la conciencia se aquieta al fin, el temor desaparece ante la satisfaccion que se propone, las vacilaciones del primer momento se desvanecen á su vez y al cabo se decide interiormente.

Si el pastor no hubiera dado un paso más, la ley no le habria podido alcanzar sin duda alguna.

Pero á la decision interior sigue el primer acto exterior que comienza á revelar su intento: se levanta de entre el ramaje, en que se halla recostado, abandona sus ovejas al cuidado de los perros y sale al encuentro de la jóven.

Todavía en esta situacion ha podido volverse atrás; ha podido expontáneamente arrepentirse y no incurrir en pena: todavía, dueño de su voluntad, ha podido optar entre la culpa y el castigo ó la irresponsabilidad ante la ley.

Resuelto, sin embargo, sigue adelante en su propósito; pero queriendo antes apelar á la persuasion que á la violencia, procura inducirla con palabras cariñosas y promesas.

Bajo esa forma de la seduccion, desde luego parece como que el delito se inicia con otro carácter, tomando el de una tentativa de estupro perfectamente definida.

Supongamos que á la firme negativa y á las reconvenciones de María el pastor se ve obligado á ceder de su empeño, dentro de la esfera de la seduccion, y que sus actos exteriores, limitados á la intencion del estupro, no van más allá de lo que al engaño se refieren y no se podrá desconocer que ha incurrido en responsabilidad criminal, como autor de tentativa de un delito menor; por más que estas tentativas sean muy

frecuentes en el mundo y por su misma escasa entidad, queden casi siempre impunes.

En los crímenes, como en las enfermedades, ocurre muchas veces que comienzan con un carácter dado y luego se complican, aumentando por esta misma complicacion su gravedad y su peligro.

María es una muchacha de diez y nueve años, de agraciado semblante, complexion robusta y nada lerda, que conoce al pastor, por ser los dos de un mismo pueblo y que no oye con desagrado sus requiebros; pero que celosa de su honor, desecha con dulzura, aunque con severa dignidad, los alhagos y promesas que él le hace.

—O por bien ó por mal, María!—grita al cabo el pastor un tanto despechado, apoderándose del haz de leña que lleva en la cabeza, arrojándolo al suelo y tratando al propio tiempo de abrazarla.

—Ni por bien ni por mal!—le responde la jóven con enojo, queriendo primero y, aunque en vano huir, y defendiéndose despues con toda la fuerza que su complexion y su sexo le permiten.

La lucha se ha entablado.

En esta crítica ocasion, no obstante, bregando, gritando y pidiendo auxilio ella y él redoblando con cólera su empeño, se oyen á no muy larga distancia los ladridos de un mastin, miran ambos y ven dos labradores á caballo, que se dirigen á aquel sitio.

El pastor huye: María se salva al fin.

Llegado á este límite el delito, no podemos de manera alguna confundirlo con su resultado.

El pastor, avanzando en su intencion criminal, no ha hecho todavía todo cuanto puede hacer para consumarla: está en vías de conseguir su mal propósito, porque en aquella lucha poco igual, su víctima, que naturalmente es más débil, va acaso á sucumbir; pero aparecen los dos ginetes, causa accidental, él no prosigue en su empeño y la violacion *queda en tentativa*.

Los dos ginetes, sin embargo, llevan cinco minutos de retraso en su camino y estos cinco minutos más de combate bastan para que la jóven, rendida y sin aliento, caiga al suelo desmayada.

El pastor se aprovecha entonces de aquella aciaga y terrible oportunidad y va á su objeto.

Ninguna resistencia puede ya oponerle aquella infeliz mujer, que se halla privada de sentido: más bien que con un ser viviente parece que sigue luchando con la imágen de la muerte; pero precisamente cuando considera suyo el triunfo, llegan los dos labradores, lo observan y lo prenden.

Reconocida por los facultativos, María resulta completa y evidente-

mente intacta, sin más que algunos equimosis en el pecho y en los brazos: la violacion no se ha consumado, no porque el culpable haya dejado de hacer cuanto ha estado de su parte para ello, sino porque en los momentos críticos, una causa independiente de su voluntad se ha interpuesto entre el crímen y su ejecucion, entre el ofensor y la ofendida.

Positivamente el hecho del culpable ha concluido, ha llegado al último límite de cuanto ha podido depender y ha dependido de su voluntad y de su accion, por más que el delito en su último resultado no haya correspondido á su intencion.

Hé aquí, por lo tanto, una *violacion frustrada.*

De tener es, en medio de todo, muy presente que, aparte la violacion, por sus caractéres especiales, en los demás atentados contra el pudor, y así lo acabamos de indicar al hablar del estupro, las tentativas son muy difíciles de graduar y definir y más todavía de castigar, hasta tal punto, que como observa Rossi en su tratado de Derecho penal, seria tan cruel como imprudente el entretener á la justicia y al público con ellas.

El pastor que ha vuelto de presidio, despues de haber extinguido su condena y que en todo su tiempo no ha podido ahogar sus instintos de odio y su resentimiento contra aquellos dos labradores, que lo denunciaron, testigos presenciales, que fueron á declarar en su proceso, renueva en su corazon la idea de la venganza.

Si no en ambos, porque el uno ha fallecido, piensa llevarla en el otro á ejecucion, dándole muerte.

Comienza, pues, en él y se inicia el libre ejercicio de su voluntad, todavía ignorada, imprimiendo al pensamiento ese carácter de criminalidad interna, que por la misma razon y desde luego adquiere y del cual aun puede desprenderse por el expontáneo desistimiento de la idea, que en otro caso ha de conducirle al crímen.

Al contrario de cuando la voluntad ha empezado á manifestarse por la combinacion de actos externos, que revelan la intencion, que demuestran el mantenimiento sucesivo y constante del mal propósito y que significan la decision de consumarlo.

El pastor compra una daga y se provee de una ganzúa para abrir con ella la puerta de la morada de aquel, á quien se ha propuesto asesinar.

Conoce de antemano la situacion de sus habitaciones, porque ha servido en ella y sabe tambien dónde está y por dónde se va al dormitorio del labrador, ya por los años débil y achacoso.

No importa: ha concebido su plan, sù sed de sangre no se apaga y lejos de retroceder, cada vez más insiste en él.

Hé aquí una tentativa premeditada, imposible respecto de aquellos otros delitos, que se producen en un arrebato de cólera y que no tienen por lo mismo, un principio de ejecucion concreto, fijo y hasta cierto punto separado del crímen, objeto y fin de la voluntad y de la accion.

La tentativa adquiere, por lo tanto, cuerpo y cobra vida, si bien, dentro de sus condiciones de tal, no está perfecta.

Nadie ha visto la daga, nadie ha visto la ganzúa; el pastor puede arrepentirse y hacerlas pedazos ó arrojarlas al rio y entonces el designio criminal, que no ha llegado á salir de su voluntad ni de lo interior de su conciencia, permanece fuera del alcance de la ley.

Para la justicia divina podrá, por su intento, ser culpable; pero á la justicia humana no es dado penetrar hasta su pensamiento y castigarlo.

Hay actos, sin embargo, que en ciertos casos pueden estar fuera del alcance de la ley, pero que en otros constituyen una verdadera tentativa manifiesta, punible, por lo mismo.

El pastor ha cometido la imprudencia de revelar su proyecto á otro pastor y este otro pastor lo pone en conocimiento del alcalde.

Llegada la media noche el mal intencionado criminal abandona su cabaña y se dirige al pueblo—acaso está á dos pasos del rio, en cuya orilla puede arrepentirse—pero antes le sale el alcalde al encuentro y le detiene.

No revelado manifiestamente su propio y voluntario desistimiento, todos los actos exteriores, ya puestos en ejecucion, constituyen, á no dudar, la tentativa.

El arrepentimiento, si bien ha podido llegar, ha llegado tarde. Preciso es, pues, que sufra el castigo de su culpa, hasta el límite en que ha sido descubierta.

Toda tentativa, aun no saliendo de su esfera, tiene diferentes grados de extension, sin que por eso varíe ó se haga mayor la responsabilidad del delincuente.

Ni arroja ni rompe el pastor daga y ganzúa, ni el alcalde le detiene, antes al contrario llega, sin ser notado á la casa del labrador, contra quien sus acechanzas se dirigen; pero sucede que al entrar la ganzúa en la cerradura de la puerta, si logra descorrer su pestillo, se encuentra con que el cerrojo está echado por dentro.

Casi puede decirse, ante esta inesperada dificultad, que el culpable ha hecho cuanto ha estado de su parte para consumar su mal propósito, sin haberlo conseguido por una causa independiente de su voluntad, debiendo responder por lo mismo de un crímen frustrado.

Pero no: sus actos exteriores no han llegado todavía á su límite.

Pudiera ocurrir que, al dar con el inconveniente del cerrojo, un rayo de arrepentimiento hiriese su conciencia y le hiciese retroceder y volverse á su cabaña, sin que nadie se hubiese apercibido de su intento.

No por esto, semejante arrepentimiento, que no seria propiamente voluntario, le salvaria ya de responsabilidad, en cuanto la justicia llegara á descubrirlo y comprobarlo.

Lo que hay es que el hecho, en todos esos indicados detalles, no pasaria de tentativa.

La casa del labrador tiene una cerca poco alta; el pastor lo sabe, puede trepar por ella fácilmente y puesto que aun le queda este otro recurso para lograr su mal propósito, no ha llegado al último extremo de cuanto está de su parte para ello.

Esa cerca, que al tropezar con el cerrojo de la puerta, se ofrece á su pensamiento acto contínuo, es la continuacion del crímen intentado.

Y en efecto: el pastor trepa por ella, salta al corral, sin ser sentido, atraviesa puñal en mano y sin obstáculos varias habitaciones interiores y logra penetrar al fin allí donde el labrador, recostado en su lecho, parece estar dormido.

El criminal avanza.

¡Desdichado!... En su ofuscacion y en su natural aturdimiento no observa que uno de los criados de la casa, que por una afortunada casualidad lo ha visto descolgarse de la tapia, sigue cautelosamente detrás de él.

La turbia luz de una moribunda lamparilla alumbra aquella horrible escena.

El asesino se acerca lentamente al lecho de su víctima, levanta el brazo armado para herirle, va á descargar sobre él la primera puñalada, y en aquel mismo momento el criado se lanza sobre él, le arroja al suelo y le sujeta.

Hé aquí, por lo tanto, un asesinato, que pudo instantáneamente haberse consumado, que todavía habria podido frustrarse por cualquiera otro motivo independiente de la voluntad del agresor, que nada habia dejado por hacer de cuanto estaba de su parte y que al fin por esa tan feliz casualidad quedó frustrado.

Consignados los anteriores ejemplos de las tentativas de delito y delitos frustrados, contra la persona y contra la honestidad, y entrando

ahora en el exámen de aquellos otros, que atacan el honor, como la injuria y la calumnia, la primera observacion que nos ocurre es la de que respecto de algunos de estos últimos, el deslinde entre los actos que los constituyen, tomándolos desde el mal pensamiento hasta su consumacion, es imposible.

Se comprende perfectamente que la calumnia, cuando se trata de propagar por medio de un escrito y con publicidad, abrace cualquiera de esos cuatro grados ó períodos naturales de la mayor parte de los crímenes, en lo de pensarla, intentarla, avanzar en su ejecucion, quedando frustrada sin embargo, y consumarla.

Lo que no se comprende ni cabe de modo alguno en la posibilidad de los hechos, es que la falsa imputacion verbal de un delito de los que dan lugar á procedimientos de oficio, fácil de concebir interiormente, pueda detenerse, una vez concebida, y antes de llevarla á cabo, en cualquiera de esos dos períodos intermedios, que suspenden ó impiden la consumacion en muchos casos.

La calumnia verbal es un delito, por su misma naturaleza, indivisible, que ó no se comete ó se comete de una vez y todo entero.

No hay ni puede haber tentativa de calumnia verbal, como no hay ni puede haber calumnia verbal frustrada, porque la falsa imputacion verbal nace indefectiblemente de los lábios del calumniador, en todo el lleno de la criminalidad que representa y significa.

Lo mismo puede decirse de la injuria, bajo el sentido de ser una expresion proferida en menosprecio ó descrédito de otro.

No así cuando se infiere por escrito que, al igual de la calumnia, puede intentarse y desistirse voluntariamente de ella, intentarse y quedar frustrada ó consumarse.

Tambien la injuria, que consiste en una accion, con tendencia á la deshonra ó menosprecio, puede igualmente frustrarse; pero la tentativa, aislada y por sí sola, es de todo punto inverosímil.

El amago de un bofeton por una persona sobre el rostro de otra, no tiene cabida ni en las faltas, y en todo caso seria una tentativa de injuria tan imperceptible, como imposible de ser legalmente definida y castigada.

Pero si el bofeton, cuyo acto constituye la ofensa, se llega á descargar y el agraviado ó cualquiera otra persona logra evitarlo, no podrá ménos de resultar una injuria frustrada, dentro de todas las condiciones necesarias para ello.

Por lo demás, tanto la calumnia como la injuria propagadas por escrito y con publicidad son susceptibles, en su gradacion, de esos mismos períodos ó términos comunes á la mayor parte de los hechos abusivos, que el Código castiga segun venimos indicando.

Ejemplos:

El que encerrado en su gabinete escribe un libelo infamatorio contra determinada persona y despues de escrito lo guarda en el cajon de su mesa, y en él lo deja bajo llave, si de aquí no pasa, no va más allá de un acto de tentativa, suspendido—temporalmente á lo menos—por desistimiento voluntario y por el cual no incurre en pena.

Es el mal pensamiento que, descendiendo de su índole espiritual—si puede ser lícita esta frase—adquiere forma material, por medio del papel en que se estampa.

No hay más diferencia sino que en el primer caso, el mal pensamiento solo puede ser revelado por manifestacion propia y expontánea de aquel, que en su imaginacion lo ha concebido, mientras que en el segundo la revelacion se encierra virtualmente en las circunstancias que pueden surgir del hecho, aun contra sus misma voluntad, pero sin que por eso entre en la esfera de lo justiciable y lo punible.

Para que la injuria y la calumnia se reputen hechas por escrito y con publicidad, es necesario que se propaguen por medio de impresos, grabados, carteles ó pasquines fijados en parajes públicos ó por manuscritos comunicados á más de diez personas.

El autor del libelo se decide por fin á darlo á luz y lo hace imprimir, recibe del impresor cien ejemplares, y sin embargo, vuelve á dudar y recela todavía y los guarda.

El hecho ha avanzado en su ejecucion; ha seguido el curso propio de la tentativa, pero esa misma suspension voluntaria y expontánea no ha llegado al primer límite de la infraccion penal, que con muy poco más puede alcanzarle.

Hé aquí, pues, el primer período, de donde depende el tránsito al segundo: la voluntad, que por actos exteriores principia á revelarse: la ejecucion ya preparada, que obedeciendo á la voluntad ya decidida, se inicia de un modo ostensible.

Un paso más y la ejecucion adquiere otro carácter.

El libelista cierra al fin los cien ejemplares de su impreso, y en sus fajas respectivas escribe los nombres de las personas, á quienes piensa dirigirlos y sale á la calle con la intencion de hacerlos llegar á su poder por medio del correo, y en la calle se le pierden.

Claro es que el culpable no prosigue en la ejecucion de su mal propósito por una causa independiente de su voluntad; de tal manera que aun cuando los ejemplares del impreso llegasen despues y por cualquiera otra razon á su destino, no se podria decir con entera exactitud que habia hecho todo lo que estuvo de su parte para conseguirlo.

La tentativa, en su verdadera acepcion legal, quedó perfecta; pero no

hubo más que tentativa, ni la responsabilidad del acto, probado sus extremos, pudo pasar de ella.

Yendo todavía un poco más allá, sucede que los ejemplares no se pierden, que el libelista los echa y caen por el buzon, y que cuando van á repartirse, la autoridad, que llega oportunamente á conocer su contenido, los secuestra.

Calumnia frustrada.

El hecho por parte de su autor, que con la idea criminal de la difamacion del ofendido, ha practicado cuanto pudo practicar, cuanto era indispensable que practicase, está perfecto; mas el resultado del mismo ha sido ilusorio, porque si bien era suficiente el correo á los efectos de la circulacion y propagacion de la ofensa y hasta el interior del correo, término de su proyecto, consiguió llegar, no contó con otra voluntad superior á la suya, que estorbando las consecuencias precisas é inmediatas de la consumacion, no permitió que el crímen llegase á su último período.

No en todos los delitos caben, por lo tanto y en conclusion, el acto ó actos sucesivos y preparatorios, que determinan la calificacion de tentativa, ni en todos existe la contingencia de que lleguen á frustrarse, porque la concepcion y ejecucion son simultáneas; pero en cambio hay tentativas de tan escasísima importancia, que eso de someterlas al fallo de los hombres, como á este mismo propósito hemos indicado antes, refiriéndonos á un distinguido publicista, equivaldria indudablemeute á establecer un combate de metafísica, haciendo de la justicia humana un puro juego.

Larga tarea sería la de señalar, teniendo á la vista los delitos comprendidos en el libro segundo del Código, todas las que pueden hallarse en aquel caso, y por esto y porque tampoco ofrecerian un verdadero resultado práctico, dentro de las condiciones de esta obra, damos en ella punto á esta materia.

CONSPIRACION.—PROPOSICION.

Comentando el art. 4.° del antiguo, primitivo Código,—4.° tambien de el de 1870—dijo D. Joaquin Francisco Pacheco que la conspiracion, palabra de la que se ha abusado horriblemente, ha sido siempre la fantasma general que ha quitado el sueño á más ministros, á más jueces y á más empleados de policía; siendo á la vez el pretesto, del cual la suspicacia de los gobiernos y de sus agentes se ha venido apoderando en todas épocas, como del arma de más alcance, para herir á los que han estimado sus contrarios.

Desgraciadamente para este infortunado y por todo extremo desventuradísimo país, el eminente comentarista de 1848, que como todos los que vivimos en este siglo de miserias, no alcanzó dias muy serenos, anduvo, á fé, poco acertado en esas frases, con las que parece como que quiso imprimir á la conspiracion una especie de idealidad comparativa, que no se acerca, ni con mucho, á la filosofía de la verdad, tal y como realmente es en sí y en estos tiempos modernos se conoce.

Ni antes, á la sazon del comentario, que citamos, ni años despues y mucho ménos hoy, las conspiraciones han podido considerarse como la representacion de figuras extrañas, que se aparecen ó se sueñan, á consecuencia de la flaqueza de la imaginacion, segun la definicion que de la fantasma hace el Diccionario de la lengua, ni ménos puede en la actualidad decirse de ellas que el misterio las abulte ni que el temor las haga tomar gigantescas proporciones, puesto que la situacion del dia entre nosotros viene á significar una conspiracion no interrumpida.

Triste, y sensible y doloroso es confesarlo.

Las conspiraciones son hoy la enfermedad endémica, cuyos fatídicos miasmas en todas partes se agitan y á todos inficionan: son el cáncer miserable, que viene desde hace algunos años devorando esta sociedad, infestada por la política y en innumerables grupos fraccionada.

No hay color, no hay divisa, con que no procuren distinguirse los unos de los otros, ni camino que no anden, ni rumbo que no tomen, ni bandera que no acepten, ni idea que no dividan, ni símbolo que no rompan y destrocen, ni medio que no adopten, siempre y de cualquier mo-

do por mandar, que es el fin para que se segregan, trabajan y conspiran.

Todos tienen á la vez igual deseo, y contra los vencedores de hoy se congregan, trabajan y conspiran los vencidos.

Y como muchos, por lo regular, son los de abajo y pocos los de arriba, y estos y aquellos y todos mútua y respectivamente adversarios ó enemigos, de aquí la imposibilidad de la concordia, de aquí los odios y rencores, de aquí, en fin, las conspiraciones permanentes.

No es, pues, hoy por hoy, que la suspicacia de los gobiernos disculpen su arbitrariedad con ellas; no es que el temor las dé formas colosales, ni que, en los momentos de agitacion pública, los que temen por ellas su ruina las abulten: es que, por desgracia, la política miserable, raquítica y artera de estos tiempos, huyendo de todo fin patriótico, digno y levantado, sin más mira que el medro personal, sin más ideas que las que suele engendrar el egoismo, con todo el veneno de las malas pasiones y sin una virtud siquiera que pueda compensarlas; la política que hoy se hace, la política que hoy se estudia, la política que hoy se amasa y se combina, es la política de la intriga, la política de la fuerza y de la usurpacion, la política de las conspiraciones, unas entre las sombras y misterios de la noche, otras á la luz del sol y todas en deshonra, en descrédito, en desprestigio, en perjuicio y en daño de la pátria.

Porque nadie reconoce ni se halla dispuesto á reconocer lo que formal y legalmente está constituido: porque se han disuelto completamente todos los vínculos de union entre las gentes, y los partidos todos se ha deshecho: porque de tal manera se han despertado las ambiciones y de tal modo han crecido las intrigas y los odios, que nadie piensa más que en su propio y exclusivo interés, con todo lo cual se ha llegado á producir una lucha eterna de egoismos, fomentada entre el misterio de las conspiraciones más absurdas, siempre y por último extremo en menoscabo de la moralidad pública y de la verdadera libertad é independencia del país.

¿Cómo, pues, la ley penal habia de haber dejado sin castigo estas preparaciones al crímen, cuya tendencia, por lo general política, supone y significa la gravedad más grande y trascendental, que en los crímenes puede comprenderse?

No cabe seguramente la libertad sin la justicia y por esto es que formando entre sí—esta y aquella—y constituyendo una necesidad mútua, la una, en las sociedades bien organizadas, dá la medida exacta de la otra.

¡Desgraciado el pueblo en que la justicia y la libertad se desnivelan!

Séanos lícito recordar á este propósito el dicho de Platon, que no comprendia la existencia de la sociedad, allí donde el sentimiento de la justicia no estuviese reconocido en la conciencia de los hombres, como un sentimiento universal.

La conspiracion—segun la define Escriche, en su *Diccionario razonado*—es «la union secreta de algunas ó muchas personas contra el soberano ó el gobierno ó bien contra algun particular, para perderle ó con intencion de hacerle daño.»

De esta definicion se deduce claramente, y así es la verdad, que toda conspiracion puede encerrar un fin privado ó un fin público: un fin privado, cuando se limita en su objeto á persona ó personas determinadas, sin conexion ó relacion con el Estado: un fin público, cuando se dirige contra las instituciones políticas de un país, cualquiera que sea el carácter de éstas y la forma en que el crímen se prepare.

En el primer caso la palabra conspiracion no es casual: siempre ó casi siempre se aplica á los crímenes políticos.

Para que haya verdadera conspiracion, en este último sentido, es necesario que dos ó más indivíduos se concierten para la ejecucion de un delito, y si bien el Código de 1850 y el hoy vigente de 1870, en esta parte, están conformes, preciso es fijar muy sériamente la atencion en la sustancial y muy notable diferencia, que respecto de los demás términos del artículo—4.° en uno y otro—y de la filosofía de ambos y de su extension se observan.

Decia el de 1850:

Son tambien punibles la conspiracion y la proposicion para cometer un delito.

La conspiracion existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecucion del delito.

La proposicion se verifica cuando el que ha resuelto cometer el delito propone su ejecucion á otra ú otras personas.

Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion para cometer un delito, dando parte y revelando á la autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haber comenzado el procedimiento.

Dice el de 1870:

La conspiracion y la proposicion para cometer un delito solo son punibles en el caso en que la ley las pena especialmente.

La conspiracion existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecucion del delito y resuelven ejecutarlo.

La proposicion existe cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecucion á otra ú otras personas.

Lo primero que habremos de observar, con relacion á este art. 4.°, de ambos Códigos, es que tal y como se halla hoy en el de 1870 redactado su párrafo primero, se hallaba tambien en el de 1848, si bien vino luego la reforma en el de 1850, que lo varió en los términos duros y precisos de que «la conspiracion y proposicion para cometer un delito son tambien punibles,» segun queda copiado.

No hemos de entrar á combatir de lleno lo inconveniente y poco acertado de esta disposicion, dentro de esa fórmula tan absoluta, que la determina, puesto que por todos ó la mayor parte de nuestros más distinguidos tratadistas se ha venido reconociendo como uno de los escasísimos lunares, que en el libro primero del Código de 1850 se notaban.

No: no siempre y en todo caso la conspiracion y la proposicion para cometer un delito, son punibles; lo son real y efectivamente, como dispone el de 1870 y disponia el de 1848, cuando la ley las pena especialmente.

De no entenderse así, faltaria la verdadera indispensable armonía entre la doctrina del art. 3.°, en cuanto se refiere á las tentativas de delito, puesto que la conspiracion ó *conjuracion*, como decia el Código español de 1822, en su artículo tambien 4.°, y la proposicion son meras tentativas.

Y cuando para estas, en el concepto de tales, hay casos en que la ley las deja impunes, no podia dejar de haberlos, á su vez, para la conspiracion y para la proposicion, que expresan igual concepto, sin otra diferencia que la de tener estas lugar entre dos ó más personas.

La conspiracion para cometer un delito —decia el Código de 1850— se castigará como tentativa: la proposicion para el mismo fin, con una pena inferior en dos grados á la anterior, salvos aquellos casos en que la conspiracion y la proposicion tengan por artículos especiales señalada mayor pena.

El Código moderno, con más lógica seguramente y más acierto, siguiendo en ello la idea de el de 1822, ha prescindido de aquella primera parte, como inconveniente, y bajo el punto de vista de que la conspiracion y la proposicion solo suponen infracciones penales en casos determinados, ha llevado estos casos concretos á sus artículos respectivos, en el concepto de punibles; con lo cual, salvando la inconveniencia del anterior, no incurriendo en contradiccion y poniendo más fácil explicacion

al pensamiento, ha hecho mucho más claras su interpretacion y su verdadera y exacta inteligencia.

Hoy no puede ya dudarse de que la conspiracion y la proposicion para cometer los hechos de traicion, comprendidas en los diversos números de los artículos 136, 137 y 138, como expresamente incluidas en el 139 ó las que tengan por objeto el regicidio —art. 158— ó la muerte del sucesor á la Corona ó del regente del reino —art. 163— ó el de sedicion, con relacion exclusiva á los conspiradores y no á los proponentes—artículo 254— son los que única y exclusivamente, bajo el concepto especial de conspiracion ó proposicion, en el Código de 1870 se castigan.

Pero no es esto decir que porque así los reduzca á casos fijos, no haya posibilidad de conspiraciones penables para otra clase de delitos.

Se pueden concertar dos ó más personas para cometer un robo ó un asesinato; se puede proponer á las mismas un incendio, y sin embargo, esta proposicion, que es el primer paso del crímen, y aquel concierto, que es en realidad una verdadera conspiracion, no podrán menos de ser punibles, atendidos los grados de ejecucion, dentro de los actos preparatorios para ella, pero no en el concepto de delitos especiales, sino únicamente como tentativas, que es el verdadero carácter con que la ley ha resuelto castigarlas.

Es decir, que el Código de 1870 —al revés de el de 1850, que siempre y en todo caso consideró la conspiracion y la proposicion dignas de pena,—ha venido á establecer una division muy importante; la que llevan consigo los crímenes esencialmente políticos, previstos especialmente y castigados en los artículos que acaban de citarse, y la que en su caso puede extenderse á todos los demás delitos comunes, cometidos contra particulares, é incluidos necesariamente, á los efectos de la responsabilidad criminal, que hayan de alcanzar, dentro del art. 3.°, en cuanto á la tentativa se refiere.

Esto, no obstante, así en el Código de 1850 como en el de 1870, se registran dos abusos más, que constituyendo verdaderos delitos concretos y castigados con penas determinadas, más bien tienen el carácter de una conspiracion, aun cuando no se califiquen de este modo.

Los que se coligan con el fin de encarecer ó abaratar abusivamente el precio del trabajo, ó regular sus condiciones—artículos 461 del primero y 556 del segundo—y aun los que se reunen para impedir, por medio de algun daño, el libre ejercicio de la autoridad —artículos 475 de aquel y 576 de este — si el daño no llega á realizarse, más bien que un delito específico, ejercitan actos de propia y verdadera conspiracion, encaminados al objeto criminal, que ésta lleva en sí, dentro precisamente de

la fórmula relativa del párrafo 1.° del art. 4.° de el de 1870, pero con sus definiciones especiales y especialmente castigados.

Ajustándonos, pues, al Código vigente, viene á resultar de todo: que la conspiracion y la proposicion para la ejecucion de un delito pueden referirse á hechos políticos, ó particulares ó privados; que los primeros solo se castigan en los casos que el mismo expresamente marca, mientras que los segundos encierran y suponen todas las condiciones inherentes á la tentativa, segun ya la hemos explicado, y que por estas razones y consideraciones, ha sido en él bien suprimido el párrafo primero del art. 4.° del Código de 1850, por el cual conspiracion y proposicion siempre eran punibles.

La que nos parece redundante y, por lo tanto, ociosa es la frase última del párrafo segundo, que no se leia en el Código primitivo y que indudablemente no hace falta.

........«y resuelven ejecutarlo.»

Pues si la conspiracion existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecucion de un delito, desde el momento en que media este concierto, base de la conspiracion, hay necesariamente *resolucion de ejecutarlo.*

El concierto, sin tal resolucion, dejaria de ser concierto y la conspiracion no tendria objeto.

Tampoco la supresion completa y absoluta del párrafo cuarto responde, al ménos en nuestra opinion, á la justicia y á la lógica.

Dado el supuesto innegable de que la conspiracion y la proposicion para la ejecucion de hechos criminales significan en unos casos delitos especiales, que la ley castiga especialmente, y en otros están equiparados á las tentativas; si, aparte los primeros, de que habremos de hablar luego, es evidente que cuando el culpable no practica todos los actos necesarios para llevar á cabo su proyecto, del que desiste voluntariamente, no incurre en responsabilidad, ¿por qué los conspiradores ó los que se conciertan para la ejecucion de alguno de los delitos comunes contra particulares, ó los que á otros lo proponen, hallándose en iguales condiciones, no han de obtener el mismo beneficio?

¿O es que, suprimido y todo, ha de seguir prevaleciendo el párrafo primero del art. 4.° del Código de 1850, segun el cual la conspiracion y la proposicion son siempre punibles?

La antimonia que de ambos extremos resulta es innegable, bien que pueda salvarse dentro de la omision misma de la ley moderna, desde el momento en que su silencio en esta parte remite implícitamente á los conspiradores y proponentes á su artículo tercero.

Las leyes, sin embargo, deben ser claras y esplícitas y no han de dar

lugar á dudas ni ocasion á que se aprecien é interpreten por lo que se calla, sino por lo que expresamente en ellas está escrito.

En cuanto á los conspiradores ó conjurados para la ejecucion de los delitos de traicion, regicidio, muerte al sucesor de la Corona ó regente del reino, rebelion y sedicion, su misma magnitud, su extraordinaria gravedad y sus trascendentales consecuencias han hecho sin duda que algunos de los tratadistas, que han tocado este punto, hayan discutido, apreciándolo cada cual á su manera.

Bien habria sido que el distinguido comentarista, Sr. Pacheco, hubiera emitido su opinion acerca de él; pero, con intencion ó sin ella, lo pasó por alto, mientras que tampoco el Sr. Groizard, en sus comentarios al Código de 1870, en cuya redaccion parece que tuvo alguna parte, ha examinado, como á su competencia cumplia, cuestion tan importante.

Inclinándonos nosotros á la opinion que el Sr. Mas y Abad hubo de emitir á este propósito y que ha combatido en libro más moderno un entendido escritor criminalista, hoy ya difunto, entendemos y hemos de consignar que la supresion en absoluto del párrafo cuarto del artículo tambien 4.° del Código de 1850 no fué del todo política ni tampoco muy prudente.

Negamos ante todo que la exencion de pena por el desistimiento de la conspiracion ó proposicion para cometer un delito—y hablamos ahora de los delitos políticos—lleve consigo la condicion de la denuncia, en la acepcion que debe darse á esta palabra.

Imposible es desconocer la gravedad de todo crímen colectivo, que si de suyo grande, cuando se dirige contra cualquiera persona particular, por la más grande suma de inmoralidad que encierra, es todavia muchísimo mayor y de más funestas consecuencias, cuando tiene por objeto cualquiera de los trastornos sociales, que más arriba hemos indicado.

La conspiracion y proposicion, dentro de su esfera propia, son el deseo del mal, motivo del delito; los medios preparatorios para ejecutarlo; la voluntad, que se revela en unos y se acepta en otros, con la idea preconcebida del resultado del acto prohibido, que lo constituye; la combinacion en el misterio de todos los accesorios, que han menester los culpables para la consumacion de su proyecto.

Atájese, pues, el mal en su orígen, y si por medio del resorte del desistimiento y revelacion del plan se consigue evitar la explosion, se habrán evitado á la sociedad los inmensos perjuicios y los sacrificios y la sangre que siempre, ó en la mayor parte de las ocasiones, llevan consigo los crímenes políticos.

Y si para atajar ese mal en su principio, si para ahorrar á la sociedad

amargos dias, que amargos y mucho, por cierto, son siempre los que el sol de la revolucion alumbra, puede ser útil, y conveniente y oportuno llevar al Código la exencion de pena para aquel, que iniciado en los misterios de una conjuracion, la pone con la anticipacion debida en conocimiento de la autoridad pública y el plan y sus circunstancias le revela, ¿por qué no se ha de prevenir, si esto puede hacerse, mejor que esperar la ocasion terrible del castigo, siempre lamentable y, por más que sea merecido, siempre repugnante?

Inmoral seria la condicion de la ley, si exigiese que el conspirador arrepentido denunciase á la autoridad los nombres de sus cómplices; pero nada, á la verdad, más lejos de la mente del legislador, que nunca pudo concebir ni ordenar lo que siempre y en toda ocasion seria una infamia.

La ley, con un fin humanitario y altamente previsor, se contentaba con la revelacion del plan, lo cual no significa una verdadera denuncia, en el sentido de una delacion: no pretendia más que una revelacion lícita, una revelacion, no ya vituperable, sino honrosa; que hasta honra, y mucha y muy señalada, cabe en eso de salvar á la sociedad por un acto de arrepentimiento, de íntima abnegacion y de profundo patriotismo, de todos los desastres y desgracias, que en todo crímen político se engendran y que son sus consecuencias.

¡Con que si el autor de tentiva de un delito particular ó comun, que voluntariamente desiste de su ejecucion no incurre en pena, con cuánta más razon debe considerarse en igual caso al que por su oportuno arrepentimiento llega á evitar la consumacion de uno de esos delitos, que tanto y tanto al sosiego general y al órden público interesan!

Resumiendo, pues, cuanto acabamos de exponer con relacion al artículo 4.° del Código de 1870, diremos: que nos parece muy cuerda y atinadamente reformado en su párrafo primero, con la supresion del que en el Código anterior ocupaba este lugar; que creemos superabundante la frase última del párrafo segundo «y resuelven ejecutarlo», que bien pudiera por lo mismo suprimirse; y que no consideramos censurable, ni ocioso, ni inconveniente, antes bien, por todos conceptos útil y oportuno y humanitario y previsor el párrafo final de el de 1850, en aquello de la exencion de pena por la revelacion anticipada á la autoridad pública del plan y circunstancias de la conspiracion ó proposicion, en los términos consignados en el mismo.

Y como proposicion y conspiracion para la ejecucion de un delito, aparte las consideraciones que dejamos apuntadas, si más en concreto se examinan, vienen á producir la misma doctrina que respecto de la tentativa y delitos frustrados hemos sentado, á ella, para evitar repeticiones y por no ser demasiado difusos, en todo lo demás nos remitimos.

CONDICION NECESARIA DE LAS FALTAS.

Relacion entre los libros primero y tercero del Código penal, acerca de ellas.

«Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.»

Esta prescripcion del art. 5.° del Código de 1870, igual á la contenida en los de 1848 y 1850, que es clara, concreta y terminante, se explica por sí misma.

No hay tentativas de falta, no hay faltas frustradas.

Las faltas pueden ser de imprenta, contra el órden público, contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, contra las personas y contra la propiedad.

Aparte las primeras, de orígen más moderno, todos esos hechos que las constituyen y se hallan expresamente definidos en los treinta y seis artículos del libro tercero del Código de 1870 —desde el 585 al 619— vienen á ser en sustancia y sobre poco más ó ménos, segun en líneas anteriores hemos indicado, aquellas antiguas infracciones, que se registran y señalan en las veinte y ocho leyes del libro quince de la sétima Partida.

Si las faltas, siendo por su propia naturaleza los abusos más leves, entre todos aquellos de que la ley penal hace mencion, se hallan reducidas, en cuanto á su castigo, al último término posible, eso de aceptar para con ellas el mismo criterio que para con los delitos, en lo de intentados y frustrados, seria dar ocasion en muchísimos casos á un resultado completamente negativo.

El legislador previó sin duda alguna la ineficacia absoluta de esa division, respecto de las faltas, y por más que su omision en esta parte hubiera podido entenderse desde luego tal y como el art. 5.° lo establece, sin más razon que la razon del buen sentido, bien ha sido y muy bien hizo en consignarlo expresamente.

Y tanto más acertado anduvo en ello, cuanto que ese renglon aislado, que es el art. 5.°, todo entero, ha venido precisamente, andando el tiempo, á resolver, no una dificultad, pero sí una duda que en la práctica ha surgido y que ha dadó márgen á sérias discusiones.

Ninguno de nuestros comentaristas —al menos que sepamos— ha tratado de ella, salva la ligera indicacion del Sr. Pacheco, hasta cierto punto análoga, contenida en su apéndice á la seccion primera de este capítulo, de la cual haremos mérito en otro lugar, que consideramos más propio y adecuado.

Y no es que nosotros nos prometamos con acierto cabal plantearla y resolverla, sino que nos ha parecido conveniente y útil iniciarla, á fin de que en oportuna ocasion se tenga en cuenta, y otros con mayor ilustracion puedan discutirla, por más que, detenidamente examinada, nos parezca fácil y sencilla.

El libro primero del Código, en todas sus disposiciones generales, ámpliamente aplicables al libro segundo, como base reguladora de todas las infracciones penales contenidas en el mismo, ¿es aplicable igualmente al tercero?

Hay quien lo niega de un modo resuelto y en verdad que sin razon alguna para ello.

Y no solo hay quien lo niega, sino que de algunos tribunales sabemos y de alguno tambien de los juzgados de primera instancia de esta capital, donde, apoyándose en el art. 620, primero de las disposiciones comunes á las faltas, en virtud de inteligencia que no tiene, y de interpretacion totalmente contraria, se ha establecido la jurisprudencia de que en la aplicacion del castigo, que respectivamente á las faltas corresponde, no hay necesidad de sujetarse á regla alguna, bastando el prudente arbitrio del juzgador para penarlas.

Aunque brevemente, procuraremos demostrar que esto no es exacto.

Para deducir y resolver afirmativamente la relacion directa, que existe entre los libros primero y tercero del Código, como existe, y no puede negarse, entre el primero y el segundo, basta el art. 5.°, en que nos estamos ocupando y que á las faltas exclusivamente se refiere.

«Las faltas —dice— solo se castigan, cuando han sido consumadas.»

Luego si el libro primero, entrando de lleno en la regulacion de la penalidad, respecto de las faltas, en el libro tercero definidas, explica, fija y determina cómo en casos concretos se han de entender estas, claro es á todas luces, que, en todos los análogos, el libro tercero se halla igualmente subordinado á las disposiciones generales del primero.

«En la aplicacion de las penas de este libro —dice el art. 620— procederán los tribunales, segun su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo á las circunstancias del caso.»

Sin duda los que sostienen la opinion que combatimos y los tribunales, que esa misma jurisprudencia han aceptado, han tomado del citado artículo lo del *prudente arbitrio*, y han prescindido por completo de

que este criterio, sujeto á la prudencia, prudente arbitrio ha de ser *atendiendo á las circunstancias del caso y dentro de los límites de cada pena.*

La ley que ha dicho terminantemente en su art. 5.° que solo se castigan las faltas consumadas; la ley que en el 621 ha establecido de un modo explícito y concreto el castigo, que ha de imponerse á los cómplices de aquellas, y que en el 620 ha consignado en absoluto que el prudente arbitrio de los tribunales ha de entenderse dentro de los límites de cada pena y con relacion á las circunstancias de cada caso, ha dicho lo que ha creido conveniente decir y ha omitido aquello que ha supuesto innecesario y ocioso; toda vez que en las disposiciones comunes del libro primero, todas las demas cuestiones, todos los demás pormenores, accidentes y detalles, se hallan comprendidos y resueltos.

Innegablemente este libro primero es la regla general: los arts. 5.° del mismo y 621 del tercero son las excepciones.

Si en aquel no se hubiese establecido que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, bien seguro es que las tentativas de las mismas y las frustradas habrian tenido que ser sin remedio objeto de un juicio, cualquiera que en último término hubiese sido el resultado.

Pero la ley, en su prevision, hubo de comprender cuál habria de ser ese resultado en muchos casos, y por esto, atendiendo á la menor importancia de las infracciones calificadas de faltas y á lo que vendrian á quedar reducidas, bajo el concepto de frustradas ó de tentativa, estableció muy cuerda y oportunamente esa excepcion, que no significa en manera alguna, ni puede significar, la exclusion absoluta de todas las demás disposiciones, que forman y constituyen la armonía de sus libros.

Y dijo tambien que «los cómplices en las faltas serán castigados con la misma pena que los autores, en su grado mínimo.»

Por esto es que si expresamente no lo hubiera dicho, en los casos de complicidad en la ejecucion de alguna falta consumada, habríamos tenido necesariamente que acudir al art. 68, para determiuar la penalidad, buscándola en el grado inmediato inferior á la señalada por la ley.

Luego cuando no ha excluido intencional y expresamente—por ejemplo—la apreciacion de circunstancias atenuantes ó agravantes; cuando en su art. 64 dispone cómo se ha de penar á los autores de *un delito ó falta*; cuando en el 88 y el 89 se refiere á las penas por dos ó más delitos *ó faltas*, que no puedan cumplirse simultáneamente; cuando el 620 requiere, en fin, y determina que el prudente arbitrio de los tribunales se ciña á las circunstancias respectivas de cada caso y á los límites de cada pena, lo que requiere y exige y determina es que, aparte de las tentativas y faltas frustradas—por el 5.° artículo impunibles,—y aparte

tambien la penalidad para los cómplices de las consumadas, que, segun el 621, ha de ser la misma que para los autores, si bien en su grado mínimo, en todo lo demás subsista y permanezca y no se altere la relacion y armonía que entre los libros primero y tercero son evidentes é innegables.

No se castigan más que las faltas consumadas, porque así el Código lo ordena; pero en la composicion de las penas relativas á las mismas, habrá de tomarse en cuenta la concurrencia de circunstancias atenuantes ó agravantes, para sujetarse en lo posible al art. 78 y números respectivos del 82, acerca de los grados máximo, medio ó mínimo, en que hayan de aplicarse.

Si todavía, y á pesar de esto, se insistiese en negarlo; si aún quedase alguna duda de esa subordinacion legal indispensable, que mútuamente existe entre las disposiciones del libro tercero y el primero, á que los dos están sujetos, el mismo art. 621, siguiendo la demostracion por el anterior ejemplo, vendria seguramente á resolverla.

«Los cómplices en las faltas serán castigados con la misma pena que los autores, en su grado mínimo.»

Luego la ley reconoce los tres grados de penalidad para las faltas: luego los artículos del libro primero, de que no se ha hecho exclusion expresa, rigen las prescripciones del tercero y á ellos están subordinadas; luego la cuestion está resuelta.

Tanto lo creemos así y tan persuadidos nos sentimos de la irresistible lógica de las consecuencias, que dejamos apuntadas, que en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más faltas, ó una de ellas sea medio necesario para cometer la otra, desde luego creeríamos aplicable el artículo 90, y por tanto y en virtud de lo dispuesto en su párrafo segundo, sostendríamos con entera fé, dentro del mismo, que se debia imponer á su autor en su grado máximo la pena más grave de las dos.

Y siendo esta nuestra conviccion por los principios generales que dejamos consignados, más nos afirman, y más y más, en ella, los términos en que el art. 88 se halla redactado.

Ocupa éste el primer lugar en la seccion tercera del capítulo cuarto del libro primero, que trata de la aplicacion de las penas y contiene las disposiciones comunes á las otras dos secciones anteriores.

Y dice:

«Al culpable *de dos ó más delitos ó faltas*, se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuere posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.»

Establece despues el art. 89 y fija las reglas que se han de observar cuando todas ó algunas no puedan ser cumplidas simultáneamente, vi-

niendo, por último, el art. 90, segun el cual las disposiciones de aquel no son aplicables en los casos que más arriba, al hablar del mismo, hemos indicado.

Pues si el art. 88, primero de las disposiciones comunes á las que en particular tratan de la aplicacion de las penas, lo mismo reza con el autor de varios delitos que con el autor de varias faltas, y la materia no se interrumpe en toda la seccion tercera, y la doctrina es general, y los artículos sucesivos no hacen más que analizar la forma y manera en que se ha de dar el debido cumplimiento á la prescripcion comun, base de toda la seccion, ¿habrá de entenderse necesario que en toda la diversidad de casos que establece se haya de repetir nominalmente á los autores de faltas, para que sean comprendidos en los mismos?

La contestacion afirmativa estaria seguramente fuera del buen sentido y de la lógica.

La armonía y relacion entre los artículos del Código, 88, 89 y 90, como la relacion y armonía, por ellos mismos explicadas y que ofrecen una nueva razon sobre las que ya hemos consignado, entre los libros primero y tercero del mismo, son, en nuestra opinion, incuestionables.

Síntesis :

«Al culpable de *dos ó más delitos ó faltas* se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones...» pero «cuando todas ó algunas no pudieran ser cumplidas simultáneamente...» se observarán estas reglas; debiendo advertirse que tales disposiciones «no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos»—ó dos ó más faltas ó no hay lógica—«pues entonces se impondrá la pena correspondiente al más grave, en su grado máximo.»

Esta es la ley, y una de dos: ó hay que entender que siempre y en toda ocasion habla al igual *de los delitos y las faltas*, ó de no entenderse así, es indispensable suprimir en el art. 88 las segundas, cuando precisamente este artículo es la piedra angular, en que descansan los demás.

Ejemplo :

Un ginete corre un caballo por un paseo público, con peligro de los transeuntes, y por este mero hecho, que es de suyo una falta, al tenor del número 5.° del art. 599 del Código, incurre en la penalidad de cinco á cincuenta pesetas de multa y reprension, que por él se señala y establece, y en cuya imposicion, para apreciar el grado de la misma, el tribunal debe atender á las circunstancias atenuantes ó agravantes de su ejecucion.

Pero ya no es que el ginete se ha limitado á correr el caballo en sitio prohibido, sino que habiendo atropellado á un transeunte, le ha

causado una lesion, que le ha impedido trabajar por seis dias; falta á su vez, prevista en el art. 602 y castigada con la pena de arresto menor.

Hé aquí, pues, el caso de dos faltas, medio la una de la otra ó, mejor dicho, producto las dos de un solo hecho.

Sin la carrera del caballo en lugar vedado no habrian ocurrido el atropello ni la lesion del transeunte.

Y siendo la pena más grave la del art. 602, haciendo aplicacion del mismo, del 599, en su núm. 5.°, del 88 y del 90, corresponderá al culpable la de arresto menor en su grado máximo, cuyo es precisamente el espíritu, el pensamiento y el texto de la ley.

GRAVEDAD DE LOS DELITOS POR SUS PENAS.

Fueros especiales.

Hemos dicho, al hablar de los delitos, cómo siendo esta la palabra genérica, con que en absoluto é ilimitadamente se designan todas las infracciones penadas por la ley, lo mismo caben dentro de ella las que, por más inmorales y más perjudiciales al interés particular y al órden público, se elevan á la primera categoría, en la escala de su respectiva gravedad, que aquellas otras, que inmorales tambien y perjudiciales y punibles, no arrojan de sí consecuencias tan funestas.

Y refiriéndonos á la legislacion antigua, hemos recordado, al propio tiempo, cómo se designaban en ella con el nombre de crímenes aquellos hechos, que se castigaban con penas aflictivas é infamantes, mientras que solo se consideraban delitos aquellos otros, por los cuales se imponian penas más leves.

Este es precisamente el espíritu del art. 6.° de los tres Códigos—1848, 1850, 1870,—que comparativamente venimos estudiando.

Bien será advertir, aprovechando esta oportunidad y para evitar innecesaria confusion en algun caso, que si, por punto general, nos ocupamos en el exámen y comparacion de los dos últimos, y hacemos caso omiso del primero, esto es por la analogía íntima que existe entre el de 1848 y 1850, cuyos artículos, salvas las modificaciones en el segundo introducidas, son los mismos.

Así, pues, solo cuando en algo se diferencian creemos conveniente hacer mérito de ambos.

Decimos que aquel es el espíritu de los tres Códigos, en el artículo citado, porque en cuanto á la forma de su redaccion, el de 1870 ha hecho dos variaciones importantes.

Decia el de 1850:

Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas aflictivas.

Se reputan delitos ménos graves los que la ley reprime con penas correccionales.

Son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves.

Dice el de 1870:

Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean aflictivas.

Se reputan delitos ménos graves los que la ley reprime con penas que en su grado maximo seán correccionales.

Son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves.

Como á primera vista se comprende, ese mayor ensanche que se dá á los dos puntos primeros del art. 6.°, en el Código de 1870, responde á la mayor claridad de la disposicion respectiva, que en ámbos se consigna y ha venido sin duda alguna á evitar incertidumbres.

Si las penas imponibles fuesen siempre aflictivas, en toda su extension, es decir, indivisiblemente aflictivas ó indivisiblemente correccionales, bastarian ellas por sí mismas para determinar la gravedad de los delitos; pero la ley moderna, teniendo muy en cuenta, en esta parte, su clasificacion relativa—artículos 24 del Código de 1850 y 26 de el de 1870 —ni ha podido olvidar que en los casos de su division, ésta se ha de entender en tres períodos iguales, que forman sus tres grados, mínimo, medio y máximo, ni que, bajo este punto de vista, hay muchos delitos que llevan consigo penas mixtas, entre las correccionales y aflictivas, sin que por lo mismo pudiera ántes resolverse de un modo decisivo en cuál de ellas se hallaban comprendidos.

Toda duda, pues, respecto de extremo, ha desaparecido y la gravedad de los delitos queda perfectamente deslindada.

Ejemplos:

El infanticidio por los abuelos maternos para ocultar la deshonra de la madre—pena de prision mayor—delito grave.

El cometido por la madre con el mismo objeto—pena de prision correccional, en sus grados medio y máximo—delito ménos grave.

El robo con violencia ó intimidacion, sin los resultados de homicidio, violacion ó mutilacion causada de propósito ó lesiones—pena de presidio correccional á presidio mayor en su grado medio—delito grave.

Debemos, sin embargo, advertir, respecto de la ampliacion que contiene el párrafo segundo, en aquello de que se ha de entender ménos grave el delito que la ley reprime con pena, que en su grado máximo sea correccional, que no nos ha parecido ni la consideramos, á la verdad, indispensable; porque atendidas las escalas graduales y segun los castigos señalados á las infracciones, que no salen de esa esfera, cuando el grado máximo sea correccional, lo consiguiente es que los otros dos, medio y mínimo, ofrezcan en sí el mismo carácter, puesto que el arresto

mayor, al igual del presidio y la prision, figura tambien en el segundo grupo de la escala general, y las combinaciones de la penalidad respectiva á cada caso se encierran en esas tres clases, muchas veces con la multa, que es pena comun.

Es decir, que hecha la aclaracion en el párrafo primero, queda resuelta por ella la cuestion de que si la pena que resulta imponible participa, en cualquiera de sus tres grados, de la naturaleza de las aflictivas, el delito se reputa grave.

Luego si en ninguno de ellos resulta aflictiva, precisamente el máximo de la que resulte ha de ser correccional.

Pudiera, no obstante, suceder que en alguna ó algunas de las ocasiones, en que la ley marca, sin fijarlas, penas inferiores en uno ó dos grados á las señaladas al delito, su necesaria gradacion arrojase de sí esa combinacion que previene el párrafo segundo, lo cual nos parece difícil, siéndolo mucho más el concretarla, como ejemplo, á casos dados.

Ante esa posibilidad, y si no indispensable, bien ha sido que la ex plique.

Por lo demás, si entrásemos á examinar la razon filosófica de esa division, que hace la ley, en lo de delitos graves y delitos ménos graves, acaso no podríamos dar con ella, bajo el punto de vista de hallarse sometidos á una sola jurisdiccion el *castigo* y *represion* de estos y de aquellos.

Como razon de procedimiento estableció la ley francesa su tambien triple division, marcada con los nombres de *contravencion*—falta entre nosotros—*delito*—delito ménos grave—y *crímen*—delito grave; pensando someterlos relativamente á tres distintos tribunales, con inhibicion los unos de los otros; pero nuestra novísima legislacion de enjuiciamiento criminal, posterior al Código, no ha establecido diferencia esencial en esta parte.

La competencia del jurado, jurisdiccion si no reciente, recientemente introducida ó restablecida en España por la ley de 22 de Diciembre de 1872 y últimamente suspendida, tomando por base reguladora la penalidad, segun la escala general contenida en el art. 26 del Código, se concretaba á las causas por delitos castigados en el mismo con las penas de muerte, cadena, reclusion y relegacion perpétuas, extrañamiento perpétuo, cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento temporales.

Claro es, pues, que si todas estas penas se refieren á delitos graves, todavía quedan dentro de esa misma categoría muchos otros, de que el jurado no conocia y que correspondian á los tribunales de derecho.

De manera, que considerada la cuestion bajo este aspecto, ni pudo ser

ni es que la diferencia de jurisdiccion para juzgarlos abone la division en delitos graves y delitos ménos graves.

La abona, sin embargo, y mucho, la necesidad de saber fijamente de qué clase de delito se trata, para saber y conocer al propio tiempo si procede ó no la prision del culpable, y en este concepto, y con tal objeto, que probable y verosímilmente tendria el legislador muy á la vista, es útil por demás y necesaria.

Tanto en la regla 34 de la ley provisional para la aplicacion del Código de 1850, como en el decreto de 30 de Setiembre de 1853, como en otras disposiciones anteriores, se determinaron los casos precisos de prision ó libertad, respecto de los procesados, tomando por norte la penalidad, á que se hallaban sujetos, por la mayor ó menor gravedad de los delitos cometidos.

En este sentido, que es el que tambien se refleja en la circunstancia segunda del art. 396 de la ántes citada ley de Enjuiciamiento criminal, aunque con bastante mayor latitud, y á los efectos del 405, puede asegurarse que la division envuelve un pensamiento provechoso y vá encaminada á un objeto indispensable.

Al hablar del art. 6.° del Código de 1850, un distinguido comentarista ensalza la eleccion intencional de los tres verbos, de que se valieron sus autores, para diferenciar y marcar la intensidad de la pena, en los tres casos, que la division adopta, y dice:

Cuando se habla de delitos graves, la ley *los castiga*, verbo en el cual domina la idea de la *expiacion*; cuando de delitos menos graves, la ley *los reprime*, con lo cual parece indicarse que solo tiende á reformar ó mejorar para en adelante la conducta del culpable, y cuando de faltas solamente, *señala* las penas aplicables, en el concepto de que se limita á hacer *una advertencia*.

Por mucha filosofía que encierren esas frases, muy atinadamente discurridas, y por más que los tres diferentes verbos hayan sido discretamente escogidos y digan muy bien á la pureza y elegancia del lenguaje, la significacion penal es una, siquiera modificada, en más ó en menos, con relacion á la gravedad de los hechos que suponen.

Infraccion es siempre, y en todo caso, el quebrantamiento de un precepto, y por esto, tanto en señalar una pena á aquel que lo quebranta, lo cual significa un castigo, como en reprimirlo, en su acepcion de refrenarlo, que viene á ser lo mismo, como, por último término, en castigarlo, que equivale á mortificarlo y afligirlo, encontramos tres definiciones, que ni valen menos ni valen más, con ser análogas, que lo que la ley quiere que valgan, ya por la duracion que al castigo —siempre como castigo— le señala, ya por las privaciones de que lo acompaña, ya por el

fin á que se dirige, ya, últimamente, por los efectos que produce.

Se *castigan los crímenes*, es decir, los delitos graves; pero en la palabra castigo, que segun el Diccionario de la lengua es «la pena que se impone á alguno, por haber cometido algun delito ó falta» va envuelto el pensamiento penal íntegro, que, con más ó menos extension, abraza todo lo punible, y con la misma propiedad se habria podido aplicar el verbo á los delitos menos graves que á las faltas.

Todo esto es, sin embargo, accidental y no merece más detenido análisis ni que se insista más en ello.

No se hallaban sujetos á las disposiciones del Código de 1848 los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando ni los cometidos en contravencion á las leyes sanitarias en tiempo de epidemia.

Así lo dijo y dispuso expresamente en su art. 7.° y asi lo aceptó, á su vez, el de 1850, si bien ampliándolo en su último extremo y variando su redaccion en esta forma:

No están sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se cometen en contravencion á las leyes sanitarias ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales.

El de 1870, en su artículo tambien 7.°, siendo mucho más conciso que aquellos, ha dicho cuanto ha podido decir, sin decir más que lo que dijo el de 1850 en su último concepto.

No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallan penados por leyes especiales.

El pensamiento, en estas menos palabras, es perfecto: nada falta á la disposicion para ser en todos sus extremos comprendida.

Desde el momento en que hay una ley especial, que castiga especialmente algun delito, este delito, sea militar ó sea de imprenta, de contrabando ó sanidad, no puede ser incluido entre los demás delitos que la ley comun castiga.

Menester es, sin embargo, advertir que otras muy distintas eran en 1850 las circunstancias del país, y muchas á la sazon la jurisdicciones vivas, á las cuales se hallaba sometido el conocimiento de multitud de delitos especiales.

Al escribir y publicar en el año de 1863 nuestro tratado de competencias, explicando la jurisdiccion real, en su relacion con las demás

jurisdicciones privativas, hicimos notar cómo, andando los tiempos y desde aquellos en que se conocian los fueros de señorío, realengos, abadengos, de mayorazgos y priorazgos, extendiéndose á los de la Santa Hermandad y Santo Oficio, casa real, militares, marinos, artilleros, ingenieros, caballeros de las Ordenes, Hacienda, correos, maestrantes, salitreros, embajadores, agentes extranjeros y algunos otros más, tanto habia quedado limitada la jurisdiccion ordinaria y tanto su poder y su fuerza se habian debilitado, que con ser la primera y principal, y el orígen, y la fuente y la raiz de todas las demas; la que, por su índole y naturaleza debia abrazar el número mayor de asuntos y personas, habia quedado reducida á tan estrecho círculo, que casi podia considerarse absorbida por todas aquellas otras, que sucesivamente la habian venido restringiendo y amenguando.

Suprimidos despues gradualmente algunos de los más antiguos, y otros y otros luego, todavía nos quedó en los restantes el gérmen de no interrumpidas reclamaciones, que tanto entorpecian la marcha natural y precisa de los procedimientos, y contra los que no habia habido remedio posible, á pesar de lo terminantemente estatuido sobre este particular, así en el art. 247 del título 5.° de la Constitucion de 1812, como en otras posteriores, hasta que por fin apareció el decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868, donde se estableció y quedó y sigue en vigor, como una verdad absoluta, dentro de sus necesarias condiciones, la unidad de fueros.

Enunciada esta idea en aquel insigne libro, obra de los eminentes patricios, á quienes, como el decreto-ley dice en su preámbulo, por sus excelentes virtudes y patriotismo la Europa entera admira, todos los gobiernos, que desde entonces acá se sucedieron, trataron de realizar aquella sublime aspiracion de que en los negocios civiles y criminales no hubiese más que un fuero para toda clase de personas.

El decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868 vino, pues, á convertir la aspiracion en realidad, determinando y ordenando en su título primero la refundicion de los fueros especiales en el ordinario, segun los términos consignados en el mismo.

Desde aquella fecha el conocimiento de los negocios civiles y de las causas criminales por los delitos que cometen los eclesiástecos, los aforados de guerra y marina de todas clases, retirados del servicio, sus mujeres, sus hijos y criados, la gente de mar, estando en tierra, los operarios de los arsenales, astilleros, fundiciones, fábricas y parques, fuera de sus respectivos establecimientos; el conocimiento tambien de aquellos otros contra la seguridad interior del Estado y del órden público, cuando la rebelion y sedicion no tienen carácter militar, el de los atentados y des-

ncatos, el de los de contrabando y defraudacion, de los negocios mercantiles y de Hacienda y de cuantos otros se designan en los ocho números de su art. 1.°, así como el de las faltas, segun y como en ellos se explica, consigna y establece, corresponden á la jurisdiccion ordinaria, con exclusion de todo fuero.

Los eclesiásticos pueden seguir conociendo de las causas sacramentales, beneficiales y por delitos puramente eclesiásticos, y la jurisdiccion de guerra y marina de los delitos militares designados en el título 3.°; pero en todo lo demás la jurisdiccion ordinaria constituye la regla general y, al revés de lo que antes venia sucediendo, esos casos del citado tít. 3.° son los casos aislados de excepcion.

El Código de 1870, por lo tanto, al consignar la suya del art. 7.°, no ha podido hablar en términos concretos, como hablaba el de 1850, ni citar los delitos militares y de contrabando, porque ya estos eran suyos y á su jurisdiccion se hallaban sometidos, como suyos eran tambien los de imprenta, previstos y castigados en sus arts. 203, 457, 476 y siguientes, y suyas igualmente las faltas de esta misma clase, comprendidas en el cap. 1.° del tít. 1.° de su tercer libro.

Si, pues, aparte esos delitos, objeto de la reciente unificacion de fueros, en toda esa latitud que le confiere y señala el decreto de 6 de Diciembre de 1868, subsisten algunos otros de diversa índole, que por alguna otra disposicion especial deban castigarse, estos únicamente podrán hallarse comprendidos dentro del art. 7.° del Código de 1870, donde, como excepcion de la regla general, y segun cumple á toda ley, se ha expresado y consignado en las menos palabras posibles, cuanto se ha creido necesario y es en realidad bastante para su más perfecta inteligencia.

CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES.

Siendo la *imputabilidad* la base de toda accion penal y dependiendo en sus necesarias consecuencias del concurso positivo de la *inteligencia, malicia* y *voluntad*, libre y sin trabas, del agente, en tanto habrá hecho justiciable, que deba castigarse, en cuanto aquellas tres condiciones determinen el acto concreto, como producto indispensable de la misma.

La *inteligencia*, que es la sustancia puramente espiritual del sér humano; que es la potencia ó virtud que, en cuanto concibe y conoce, se atribuye al alma; la inteligencia significa el primer elemento, en que descansa la justicia, dentro de sú santo propósito de dar á cada uno lo que es suyo.

El hombre sin inteligencia no puede ser responsable ante la ley penal de la ejecucion de un hecho prohibido por la misma.

La falta de inteligencia supone la falta de razon, y donde no hay razon, por medio de la cual se pueda apreciar y diferenciar lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, ni cabe *imputabilidad* ni cabe *imputacion*.

La *imputabilidad* depende de la certeza que existe acerca de la inteligencia, malicia y libre voluntad con que el culpable ha ejecutado el hecho vedado por la ley.

La *imputacion* es ya el cargo concreto, es la residencia, es el proceso, donde el juez le toma cuenta de ese mismo hecho, para apreciar su verdad, para medir sus circunstancias, para regular su inmoralidad y el daño producido, é imponerle el castigo, de que en último resultado le crea merecedor.

La *malicia*, á su vez, que es la inclinacion á lo malo y contrario á la virtud, la perversion del buen sentido, en todo aquel que por pura malignidad peca ó delinque, significa, en el delito, el perfecto conocimiento del mal, que por el mismo ha de ocasionarse, el deseo de ocasionarlo y los medios intencionales para conseguirlo con la mayor impunidad posible.

Al hombre, que obrando mal, lo hace evidentemente sin malicia, no puede alcanzar en todo el lleno de sus consecuencias la ley, que, en otro caso, habria de castigarle.

La *voluntad*, en fin, que es el libre albedrío ó la libre determinacion, el admitir y aceptar lo que agrada y huir lo que repugna; la voluntad, más que la malicia y tanto como la inteligencia, señala y establece la responsabilidad del agente, en todo aquello que practica y, siendo contrario á la ley, puede constituir dentro de los límites del órden social, un delito más ó ménos grave.

Forzad á un hombre honrado á que contra su voluntad cometa una accion torpe ó injusta, un hecho criminal, y ni ante la justicia, considerada en absoluto, ni ante la justicia del mundo, ni ante tribunal humano alguno, podrá ser responsable.

Hé aquí pues el espíritu de los trece casos que comprende el art. 8.°, tanto en los Códigos de 1848 y 1850, como en el de 1870, cuya redaccion en los tres es idéntica, salva tres modificaciones, que en este último se han introducido:

»Están exentos de responsabilidad,» decian los dos primeros.

«No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad» dice el segundo.

Si el objeto de esta reforma ha sido el de aclarar más ó ampliar el pensamiento de la ley, antójasenos que, sin haberlo conseguido, porque en sustancia ha quedado como estaba, se ha incurrido en una falta de exactitud, que resalta desde luego y no puede oscurecerse al buen sentido.

El que no delinque no está sujeto á responsabilidad de ningun género, y el art. 8.° del Código no excluye la civil en varios casos, como son los señalados en los cinco números del mismo, que en el art. 19 se señalan.

Una cosa es no estar sujeto á las consecuencias penales de un delito, por no existir razon legal de imputabilidad hácia su autor y otra cosa es, muy distinta, no cometer el hecho punible, que nunca y en ninguna ocasion, cualesquiera que sean las circunstancias de aquel, deja de constituir el delito en sí, tal y como la ley lo define, tal y como lo prohibe y lo castiga.

Si delinquir es quebrantar alguna ley ó precepto, y precepto del Código es que nadie mate, el loco, que comete un homicidio, no es que no delinque, es que por su enagenacion mental, por esa enfermedad ó falta de juicio que padece y por la triste situacion excepcional en que se encuentra, no está obligado á responder ante la misma ley del acto punible que ejecuta; es, como dice un escritor contemporáneo, que «no practica actos humanos»; es que no hay en él voluntad que le inspire sus acciones; pero no por eso el cadáver, ni el puñal de que se ha valido—cuerpo del delito—ni el daño que ha causado desaparecen á través

de su demencia, para que de este modo pueda decidirse que no ha cometido una infraccion penable y que por consiguiente no hay delito.

Y si hay delito, sin duda alguna hay delincuente, siquiera sea este un loco ó un imbécil.

En esta parte la locucion del Código de 1850 nos parece más sintética, más propia y más precisa.

«El imbécil y el loco» dice el de 1870 donde aquel decia «loco ó demente.»

Es menester que atendamos ante todo á la propiedad de las palabras.

La diferencia entre la *imbecilidad* y la *demencia* ó la *locura*, á los efectos de la imputabilidad, es muy notable.

¿Puede suponerse que un imbécil se halle en igual deplorable situacion que un loco, por sus enfermedades intelectuales respectivas, por su falta de malicia, de voluntad y libertad, de tal manera que haga sin saber qué es lo que hace, ignorando por completo la razon de sus actos y desconociendo el mal ó el bien que de ellos ha de resultar?

Comparemos.

El loco ó demente es aquel que ha perdido el juicio y que careciendo absolutamente de inteligencia, no puede, por lo mismo, usar de ella para distinguir lo bueno de lo malo.

El imbécil no es más que el hombre flaco y débil de espíritu ó de genio—apelamos tambien al Diccionario—que podrá tener en cierto modo débiles y flacas sus facultades intelectuales, pero en quien no cabe suponerse ni una perversion completa del juicio ni una carencia absoluta de voluntad, malicia y libertad en sus acciones, hasta el punto de que, como el loco ó demente, no conociendo su trascendencia, ignorando el mal, que ha de ser su resultado, no pueda ni deba responder de su ejecucion ante la ley.

La razon del demente está perdida: la razon del imbécil, nacida en un cerebro flaco, enfermizo, si se quiere, podrá estar debilitada, pero si ha de darse á la palabra *imbecilidad* su acepcion propia, no es posible conceder que haya desaparecido por completo.

Tonto, dice la Academia española de el hombre ignorante, mentecato, falto de entendimiento ó de razon.

Privado de razon y falto de juicio, dice á la vez del *mentecato*.

De manera, que en cualquiera de ambos, en el *mentecato* ó en el *tonto*, se podrá encontrar mejor que en el *imbecil* esa falta absoluta de inteligencia, que parece haber motivado su equiparacion con el *demente*.

Obsérvese además que, segun el sentido usual de los tres nombres y en su interpretacion general, que es preciso no perder de vista, no hay tonto, por mucho que lo sea, á no ser en su última y mayor degradacion—mucho ménos imbécil—que, más ó ménos espedita, no tenga conciencia de sus actos; al contrario del demente, que en el mero hecho de serlo, es que enteramente la ha perdido.

Muchas ocasiones habrá sin duda alguna en que no se podrá declarar al imbécil exento de responsabilidad, no debiendo, por lo tanto, en esto ni en todo lo demás, serle aplicable la disposicion que al loco se refiere.

El que obra en defensa de la persona ó derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuge ó hermanos, de los afines en sus mismos grados y de sus consanguíneos, hasta el cuarto grado civil...

Esto dijeron los Códigos de 1848 y 1850, y esto mismo ha dicho el de 1870, si bien anteponiendo el cónyuge á los ascendientes y descendientes y significando expresamente hallarse en igual caso los hermanos, sean legítimos, naturales ó adoptivos.

«Lo que abunda no daña»—si esto fuera siempre verdad—pudiéra mos nosotros pensar á este propósito.

Por lo demás, cuando tan en absoluto el Código antiguo decia *hermanos*, no cabia distincion posible, que él no hacia, y con ser hermanos, ya fuesen nacidos en un mismo matrimonio legítimo ó en segundo matrimonio, de padre ó madre solamente, ó naturales ó adoptivos, desde luego el núm. 5.° del art. 8.°, que es al que nos estamos refiriendo, tenia su explicacion é interpretacion, en el sentido de hallarse comprendidos en el mismo.

En cuanto á la inversion de los términos, haciendo preceder al cónyuge y anteponiéndolo á los ascendientes y descendientes, no podemos de manera alguna presumir que haya sido debida á un mero capricho del legislador, sino que alguna razon filosófica debió haber tenido para ella.

Si por la intimidad del vínculo, si por la verdad y por la intensidad del afecto, del cariño ó del amor, si por los lazos de familia, si por la naturaleza misma de las relaciones mútuas entre los unos y los otros hubiéramos de decidir la precedencia, nosotros no comprendemos, por regla general, ni concedemos amor ó cariño, no ya que pueda exceder, pero que ni siquiera sea igual, al cariño y al amor de los padres para con sus hijos.

Harán siempre aquellos por estos lo que, con muy rara excepcion, no haria un marido por su mujer—haciendo mucho—ó una mujer por su marido,—haciendo más.

¿Quién sabe hasta dónde puede llegar el heróico esfuerzo de un padre ó de una madre que ve en peligro la vida de su hijo? ¿Quién sabe hasta dónde pueden llegar sus sacrificios por salvarle?

No diremos lo mismo de los hijos para con los padres; que los hijos, si como muchas veces acontece, no salen ingratos, son por lo regular en el cariño á sus padres ménos fuertes y más tibios.

Esto aparte, juzgamos de escasísima importancia la reforma, y pues que así el cónyuge, como los ascendientes y descendientes, tienen en el núm. 5.° del art. 8.° la exencion de responsabilidad, á que el mismo se refiere, nada más nos ocurre que decir acerca de esto.

Veamos ahora, disposicion por disposicion, el texto literal de todo ese artículo, segun y cómo se contiene en el Código de 1870; continuemos en su estudio y análisis, y expongamos las consideraciones que sus diferentes extremos nos sugieren.

No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

El imbécil y el loco, á no ser que éste haya obrado en un intérvalo de razon.

Cuando el imbécil ó el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave, el tribunal decretará su reclusion en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin prévia autorizacion del mismo tribunal.

Si la ley calificase de menos grave el hecho ejecutado por el imbécil ó el loco, el tribunal, segun las calificaciones del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, ó entregará al imbécil ó loco á su familia, si ésta diere suficiente fianza de custodia.

Algo pudiéramos escribir, si entrásemos en el análisis de la construc cion gramatical de los párrafos que abraza el núm. 1.° del 8.° artículo, donde bien habria podido suprimirse la inmediata repeticion innecesaria de unos mismos vocablos, que no, por repetidos, sirven para aclarar su inteligencia; pero no es tal nuestro intento.

«....á no ser que este haya obrado en un intérvalo de razon.»

La ley ha sido en esto consecuente.

Desde el momento en que la exencion de responsabilidad criminal se funda en la falta de juicio, con que el loco ó demente ha ejecutado el acto penado por la misma; cuando, por el contrario, obra en uno de esos períodos, en que su enfermedad le permite discurrir y en los que necesariamente ha de tener conciencia de sus actos, lo natural parece que responda de ellos.

Decimos lo natural y no desde luego lo legal, porque esta cuestion es muy difícil y no tan clara como de primera intencion puede presumirse.

Vemos, en efecto, dementes que en circunstancias dadas raciocinan, como si á la sazon disfrutasen de sus facultades intelectuales, en toda su más perfecta integridad.

Pero vemos, á la vez, que cuando más en el pleno ejercicio de ellas los creemos, ó nos ofrecen un síntoma, más ó ménos perceptible, por donde no podemos menos de comprender que la perversion de su entendimiento, siquiera ostensiblemente apagada, está latente, ó rompen de pronto en alguna de sus extravagancias, con la cual acabamos por adquirir la certeza de que aquel intervalo de aparente lucidez ha sido ilusorio.

Ni la ciencia misma, á pesar de todos sus esfuerzos, ha podido pene trar en los misterios de la naturaleza, respecto de este extremo.

Eso de declarar la certeza de la locura evidente, de la locura que por todos sus síntomas á sí propia se explica y permite que todos la conozcan y comprendan, es cosa sencilla.

Lo que no lo es seguramente y ofrece gravísimos inconvenientes y da ocasion á sérias dudas, es decidir científicamente y sobre todo decidir para los efectos de un juicio criminal, sobre la certeza de esa locura con apariencias de juicio; de esa locura intermitente, que ofrece en variados períodos diversos caractéres y acerca de la cual no es posible, en muchos casos, una resolucion definitiva.

Y lo que tambien trae muchas veces á los tribunales de justicia incertidumbres, discusiones y conflictos, son la alegacion y el reconocimiento de esa otra especie de locura, que las defensas de los delincuentes, á falta de razon mejor, hacen nacer con los delitos, bajo el supuesto

y con la pretension de que así se hallaban antes sometidos, como lo están despues, á su predominio é influencia.

Todos los pueblos del mundo, hasta aquellos más oscuros é ignorantes, han respetado la demencia, y no se registra entre las naciones cultas Código alguno que no la considere, para aquel que padeciéndola delinque, como exencion de toda pena.

«No hay crímen ni delito—dice el Código francés en su art. 64—cuando el autor se halla en estado de demencia.»

«Ninguna accion ú omision constituye delito—dice el de Austria, en su art. 2.°—cuando el autor se halla totalmente privado de razon, ó siendo intermitente su enagenacion mental, delinque dentro de ella.»

Ese mismo es el espíritu y casi viene á ser la letra de los arts. 61 del Código Napoleon y 1.°, número 2.° de el del Brasil, y ese mismo tambien, aun cuando más explícito y más ampliamente definido, el del 26 del Código español de 1822, que hemos de copiar á continuacion, por lo que á nuestro propósito cumple y á la materia y doctrina que estudiamos.

«Tampoco se puede tener por delincuente—dice—ni culpable al que cometa la accion *hallándose dormido*, ó en estado de demencia ó delirio, ó *privado del uso de su razon de cualquiera otra manera independiente de su voluntad.*»

Precisamente, segun este artículo, el sonámbulo, que delinque durante la influencia de ese sueño misterioso, que privándole de la conciencia de sus acciones, le permite el ejercicio de sus facultades físicas, hasta el punto de hacer dormido lo que pudiera hacer despierto, sin que despues se pueda él mismo dar razon de lo que ha hecho; el sonámbulo, que en tal estado ejecuta un acto vedado por la ley, no debe quedar sujeto á ella.

No creemos que pueda ofrecerse duda alguna acerca de este extremo, como tampoco la abrigamos respecto de la embriaguez, á que parece referirse tambien el mismo artículo, siempre y cuando, segun se expresa en él, no sea voluntaria, puesto que, en casos especiales, respecto de algunos indivíduos, produce innegablemente una demencia verdadera.

Largos de contar, y no de esta ocasion, serian los hechos concretos de completo delirio, de vértigos horribles, de furiosa demencia y absoluta enajenacion producidos por el alcohol, hasta el extremo de hacer necesarias, con frecuencia suma, las camisas de fuerza para los embriagados, como pueden responder por nosotros los facultativos adscriptos á las casas de socorro de esta capital.

No hemos, pues, de entrar en ellas, toda vez que en la presente indicacion, no es otra nuestra idea que la de sentar nuestro parecer, de todo punto conforme con el espíritu del Código de 1822, en esta parte; enten-

diciendo que la embriaguez no voluntaria puede ser, por regla general, circunstancia atenuante, y de esto trataremos luego, pero que hay ocasiones especiales, en que se deberia estimar tambien como eximente.

Dada la posibilidad de la demencia intermitente ó á intervalos, la ley no ha podido igualar al demente ó loco, que en su estado morboso ejecuta un hecho prohibido, con el loco-cuerdo, con aquel demente que, en mayor ó menor duracion, recobra su juicio y en cuyo período, sabiendo lo que hace, comprendiendo sus ulteriores consecuencias—si esto es verosímil en quien tiene la razon dañada—comete el mismo hecho.

Al ocuparnos en esta dificilísima cuestion, no hemos de confundir la locura ó demencia, total ó parcial, en su sentido absoluto, con la demencia ó locura, que debe ser el objeto de un proceso, el motivo de una condenacion y la base de una pena.

Distingamos.

La monomanía—*amentia*, en latin—es una especie de locura, que fija la imaginacion en un objeto determinado, y sin embargo el monomaniaco ó maniático, que es el qué padece de esa enfermedad, puede discurrir con cabal inteligencia en todos los demás puntos, sujetos á su apreciacion, desbarrando ó disparatando respecto de uno sólo.

Escusado parece, por lo tanto, hablar del loco ó demente rematado—como se dice vulgarmente—del poseido de ese terrible mal, sin alivio alguno en ninguna de las horas de su vida; puesto que para éste no hay más que la aplicacion de la ley, dentro de las disposiciones expresas y terminantes de los párrafos segundo y tercero del art. 8.° que estudiamos.

Ó su reclusion en uno de los hospitales destinados á los enfermos de esta clase ó la entrega á su familia, bajo la suficiente fianza de custodia.

Pero es que el criminal, el que ha ejecutado el robo, el que ha cometido el homicidio, el que ha llevado á efecto la violacion, es un monomaniaco ó un demente á intervalos, ó un desposeido de razon por una causa accidental, y hé aquí la cuestion compleja, que no siempre puede resolverse con acierto.

Lo primero que en el primer caso habria de hacerse seria averiguar los antecedentes del monomaniaco y la propension de su manía.

En todo proceso de esta índole, más que las observaciones y declaraciones facultativas, que en algo pueden ayudar al juzgador, las pruebas testificales y materiales lo hacen todo.

La ciencia médica, con sus estudios nuevos sobre la naturaleza humana, con sus modernos experimentos sobre la constitucion física del hombre, con su tecnicismo peculiar, que ofusca, con sus ambigüedades, que inquietan, con sus hipótesis, que alucinan y fatigan; la ciencia médica es en realidad la que ha venido á crear para los tribunales de justicia, en muchos casos, esa mayor suma de dudas, que la apreciacion de la locura ó demencia lleva por lo regular consigo.

Muchísimos procesos de este género hemos tenido ocasion de examinar, durante nuestra larga carrera, y con muy pocos—podemos afirmarlo—con muy pocos hemos tropezado, donde los doctores de la ciencia, despues de larguísimas observaciones, hayan escrito abiertamente y sin alguna salvedad el *está loco.*

Siempre, por lo regular, afirmaciones contradictorias; siempre, por lo comun, incertidumbres, siempre dudas.

Verdad es que cuando la ciencia hoy vale tanto, alcanza tanto, profundiza tanto, eso mismo viene en mayor demostracion y es prueba más clara de la dificultad de la decision que ha de adoptarse; pero tambien lo es que, en muchos casos, sin las dudas y las ambigüedades facultativas, la decision habria sido más segura.

La propension del monomaniaco ha sido siempre—por ejemplo—la del homicidio.

Es indudable que hay ocasiones de monomanías *instintivas é impulsivas.*

La *kleptomanía*, que es, como si dijéramos, una violenta é irresistible inclinacion al robo; la *piromanía*, que viene á ser una fatal predisposicion, una violenta é irresistible pasion ó inclinacion al incendio; la *celomanía*, que se revela en el furor constante y permanente producido, en aquel que la padece, por los celos, y algunas otras, á que se refieren diferentes ejemplos, tomados por varios compiladores, demuestran su certeza.

Pues bien: la monomanía que tomamos por ejemplo es homicida.

Se ha visto en muchas ocasiones al monomaniaco afilar cautelosamente una navaja; se le ha oido hablar con frecuencia de su deseo de herir y de matar; se ha revelado en él por actos exteriores ese instinto criminal, que en momentos dados, ó cuando se le ha querido reprimir ó refrenar, ha exacerbado su ánimo ó le ha irritado, y al propio tiempo, hablando de crímines, ha sido el primero en anatematizar el robo y en discurrir racionalmente sobre los deplorables efectos del incendio y sobre la pena necesaria á los incendiarios y ladrones.

Esto, probado, vendrá á probarse de igual modo que tal monomaniaco, convicto dentro de una causa criminal de un robo ó de un incendio, debe ser en todas sus consecuencias responsable ante la ley; pero que convicto de homicidio, lleva en su locura parcial toda la irresponsabilidad criminal, que aquella le dispensa.

Autor de incendio, autor de robo, sabe y conoce lo que su accion vale, alcanza hasta donde llega su inmoralidad y delinque, al objeto preciso del daño que se propone y de las naturales consecuencias del delito: autor de homicidio, obra bajo la influencia de su enfermedad, localizada, digámoslo así, circunscrita á un punto dado y limitada—es cierto—pero que afecta directamente su cerebro, que perturba su razon, que no le permite el libre ejercicio de su voluntad, para que deje de hacer lo que no debe, y entorpece su juicio, para que no pueda comprender el mal que lleva consigo lo que hace.

Estas apreciaciones, sin embargo, no pueden someterse á reglas fijas.

Es necesario para su más cumplido acierto tener á la vista las circunstancias anteriores y concomitantes del hecho, los antecedentes todos, hasta genealógicos, del agente, sus inclinaciones, su conducta, sus instintos, sus vicios y cuanto más pueda relacionarse directa ó indirectamente con su estado patológico, en los instantes mismos del crímen que comete.

La ley lo que quiere y lo que exige es, que cuando hay razon de imputabilidad cierta, cuando el culpable obra en su acuerdo y con conocimiento exacto del mal que va á causar, no sustituya al merecido castigo la inmerecida impunidad; pero que cuando la exencion de responsabilidad criminal está dentro de sus propias condiciones, no se castigue inmerecidamente al que, segun el párrafo 1.° del art. 8.° del Código de 1870, no delinque: al que, segun nuestra opinion, delinque sin conciencia, sin saber á dónde vá, ciego de toda razon y sin alcanzar sus consecuencias.

No podemos extendernos como quisiéramos en este punto de nuestros estudios, cuando tantos otros, no menos graves é importantes, deben abrazar y comprender, ni entrar más de lleno en el exámen de todos los problemas de criminalidad, que lleva consigo la necesidad de penetrar, no ya en los misterios del corazon, cuyos sentimientos, por sus actos exteriores más fácilmente se revelan, sino en lo que al alma del hombre se refiere, en lo que á su entendimiento y á su voluntad concierne; pero no habremos de dejar por eso de apuntar algunas otras ideas relativas á la locura ó demencia, tema obligado, principalmente en estos últimos años, para buscar por los defensores de los reos la impunidad de los grandes atentados.

Recordamos precisamente á este propósito una época señalada por crímenes gravísimos, que fueron sucesivamente sometidos al fallo de la Audiencia de Madrid—1860 á 1868—y donde siempre, como escusa de la responsabilidad de sus autores, se presentó, bajo sus diferentes formas, la locura.

Vicenta Sobrino, la tan célebre como cruel homicida de la calle del Fúcar, se nos viene, en primer término y entre los demás, al pensamiento.

¿Quién no conoce, quién no ha oido, quién no sabe esta horrible historia de sangre y de maldad? ¿Quién no recuerda cómo hallándose al cuidado de la asistencia de su ama, valetudinaria, á la sazon, de larga y penosa enfermedad, solas las dos en el cuarto que habitaban, la criada, jóven y robusta, el ama, anciana y débil, provista aquella traidora y cautelosamente del cuchillo, con que determinó llevar á efecto el ya calculado asesinato; cómo y con cuán firme resolucion y con cuánta sangre fría y con cuánta fiereza é inhumanidad se arrojó sobre la infeliz señora, que buscaba en tranquilo y sosegado sueño su descanso, y cómo y con qué depravadísima intencion y con qué porfía tan obstinada, hiriéndola una y otra vez—con más furor mientras más su desdichada víctima, ensangrentada y casi exánime, imploraba su clemencia y su piedad—cómo y con cuán horribles circunstancias no paró hasta que la vió exhalar su último aliento?

Pues bien: aquella mujer sin corazon ó con corazon de hiena—de las que por fortuna no hay muchos ejemplos—aquella mujer sanguinaria, cruel y vengativa, se presentó ante el tribunal como una pobre demente, *que habia obrado movida al impulso de una voluntad cataléptica* y con la pretension de que se la declarase exenta de responsabilidad por el inaudito crímen, de que desde luego apareció convicta.

Las circunstancias anteriores y concomitantes del mismo, los antecedentes de la reo y las pruebas llevadas al proceso, así como las declaraciones facultativas—no en todas las instancias ni en todos sus extremos muy conformes—decidieron sobre la absoluta integridad de su juicio, y esta verdad, que no pudo ofrecer incertidumbre, á pesar de los esfuerzos de la defensa, quedó, con arreglo á la ley, resuelta en el cadalso.

Causa muy célebre tambien y de este mismo género, aunque con mayor complicacion en sus detalles, cuya pretension fué igual, cuyo resultado el mismo, nos recuerda, al propio tiempo, hablando de esto, el criminal Luciano Iniesta.

Y la citamos con tanto más empeño y más razon, cuanto que en el curso de la misma y *bajo el concepto de haber obrado subyugado por*

los efectos de una locura instantánea y transitoria, las condiciones y circunstancias del culpable fueron examinadas por diferentes médicos alienistas, no solo españoles sino igualmente extranjeros, á quienes se sometió esta gravísima cuestion y cuyo resultado fué de igual modo negativo.

¡Locura instantánea y transitoria!

Preciso es hablar de ella.

Digamos antes, sin embargo, dos palabras sobre el inconcebible crímen, que cometió aquel desdichado, y por el cual sufrió tambien la última pena.

En la mañana del 8 de Octubre de 1865, Luciano Iniesta y García, vecino de Madrid y de oficio ropavejero, despues de haber bebido una ó dos copas de aguardiente, cantidad para él bastante exígua, tuvo una de sus habituales cuestiones con su esposa, á la que maltrataba con frecuencia.

Fieramente comenzó, segun su costumbre, á castigarla, arrojando lejos de sí á sus tiernos hijos, que anegados en lágrimas se interponian entre los dos, y produciendo con tal motivo un fuerte escándalo entre los demás vecinos de la casa que habitaban.

Acudieron, como era natural, algunos de ellos, y entonces, con la expresion de la ira en su frente contraida y del furor en sus arrebatados y encendidos ojos—que siempre habia sido Iniesta provocativo é insultante—arremetió puñal en mano contra todos, é hirió y mató, y salió en seguida á la calle, en igual forma, y acometió en ella con el mismo encono á cuantas personas inofensivas é indefensas halló al paso, y sabe Dios hasta dónde habria llegado la agresion, si varios agentes de órden público—haciendo para ello grande esfuerzo—no hubieran logrado desarmarle y detenerle.

Once personas habian sido ya víctimas suyas: dos muertas en el acto, cuatro gravemente heridas y las cinco restantes, heridas tambien, aunque no tanto.

A escena tan brutal siguió el proceso; á las primeras actuaciones de éste la prueba plena, perfecta y acabada de la responsabilidad del detenido, como autor de aquellos crímenes; á la prueba la acusacion del Ministerio público, pidiendo contra él la imposicion de la pena capital; á la acusacion, la defensa, y como los hechos eran ciertos, hasta por la propia confesion del delincuente y el convencimiento de su culpa no podia impugnarse, fué preciso apelar á la *locura instantánea y transitoria*.

Desde luego nos atrevemos á decir y sostener con Devergie, que esa locura brusca é instantánea, ese tránsito repentino de la razon, que existe en toda su integridad, á la razon perdida de improviso, ese cambio

súbito, ese mal que estalla como el rayo, sin signo preliminar que lo anuncie, sin causa alguna prévia que lo determine, esa demencia á que se dá el nombre de *instantánea y transitoria*, ni es verosímil ni puede aceptarse, en la pura acepcion de la palabra.

Comprendemos, sí, un rapto de locura, por un motivo determinante que la justifique: comprendemos, por ejemplo, los efectos del alcohol, segun hemos apuntado antes, en quien lo ha bebido con exceso, cuyos vértigos, cuya ofuscacion mental producen á veces y por tiempo limitado la pérdida completa y absoluta del juicio: lo que no podemos comprender es cómo un hombre, sereno ayer, sereno hoy, que no comete exceso alguno, que, hoy como ayer, se encuentra en el pleno y libre ejercicio de sus facultades intelectuales, instantáneamente, como el herido de una víbora, se siente acometido de locura para perpetrar un crímen y despues de perpetrado recobra la razon.

No: semejante doctrina es insostenible.

Las manías ó monomanías, en su múltiple diversidad, pueden definirse, pueden explicarse: las locuras instantáneas, cuando hechos posteriores vienen á confirmarlas y, más ó ménos duraderas, en esos mismos hechos se demuestran, caben muy bien en lo posible y se han dado casos de ellas; pero *instantáneas y transitorias*, es decir, nacidas con el crímen y cuando el crímen se comete extinguidas ó curadas, estas, no ya la ciencia, no ya la ley, el buen sentido, por sí solo, las rechaza.

Decia Regnault, en su tratado de enagenaciones mentales, ocupándose de la competencia de la ciencia médica para resolver estas cuestiones y tratando de combatir *la verdadera manía filosófica*, que sobre este punto se desarrolló en Francia á fines del primer tercio de este siglo, decia de los médicos, que *no veian por todas partes más que locos*.

Y en efecto, si nos fuera lícito, dadas las condiciones y dimensiones de esta obra, citar en ella, una por una, las infinitas denominaciones que por entonces se adoptaron y cuanto sobre sus diversas teorías escribieron Pinel, Brierre de Boismont, Leuret, Mandon y muchos otros, desde la *locura moral*, *manía tranquila*, *monomanía intelectual*, *instintiva y razonada*: desde la *inspiracion pasiva* hasta la *exaltacion maniaca* y *locura de accion*, no podríamos ménos de pensar cuanto en su espíritu investigador, en perfecta analogía con la materia en cuestion, la ciencia médico-alienista ha venido divagando y cómo la explicacion y aplicacion de esas teorías al foro, en las ocasiones de los grandes atentados, con todas sus sutilezas y sus metafísicas distinciones, no más han podido significar que la imposibilidad de la defensa y la imperiosa necesidad, cerrado todo otro camino para ella, de disculpar el crímen con lo que en sí es el crímen mismo.

El defensor de Luciano Iniesta—segun datos que tenemos á la vista—acudiendo en primer término á la locura transitoria y, por si el tribunal no la aceptaba, alegando tambien la circunstancia atenuante—no probada—de embriaguez, concluyó diciendo: «Pues si negais la verosimilitud de la locura y no admitís la atenuacion de la embriaguez, *el hecho es verdaderamente incomprensible á la limitada inteligencia del hombre, á la falibilidad del juez, y Dios solo deberá juzgarlo.*»

Esta manera de apreciar los hechos está fuera de toda razon filosófica, de toda razon científica, de toda razon legal; y pues que de locuras se trata, eso de escusar el crímen con el crímen mismo—como antes hemos dicho—no pasa de ser un verdadero desvarío.

Y adviértase y recuérdese que no venimos negando en absoluto la locura instantánea, la locura inesperada, aquella cuya explosion se revela de repente por medio de un acto determinado, porque en esta parte no pueden ménos de hacernos fuerza las razones que en su apoyo nos ofrecen los entendidos profesores Mr. Marcé, en su *Tratado práctico de enfermedades mentales* y Mr. Bonnuncci, primer médico de uno de los principales manicomios de Italia, en sus estudios sobre las mismas; pero por cuanto ellos han escrito y demostrado, por cuanto en otros autores de no ménos importancia hemos leido, si bien los desórdenes de las facultades intelectuales, siempre que no alteren la razon y la libertad, como elemento de la voluntad, aunque turben gravemente el ánimo, no llegan á producir verdadera enagenacion mental; si bien son posibles esos accesos instantáneos, muy difíciles de estudiar y comprender, ello es, que siempre, por lo regular, aparecen síntomas precursores, más ó ménos evidentes, que hacen nacer la sospecha ó inspiran al observador algun cuidado.

Ejemplo histórico:

Un bolsista hizo una jugada á plazo, en la que arriesgó toda su fortuna: el plazo venció, la suerte le fué adversa y quedó por ella arruinado enteramente.

En aquella situacion ocultó la desgracia á su familia, á la que siempre habia profesado un cariño verdadero; pero su mujer y sus hijos advirtieron su preocupacion y su tristeza.

Nada hasta entonces se habia observado en él, nada como síntoma directo habia revelado el extravío de su juicio.

Una noche, sin embargo, cuando todos dormian tranquilos en su casa, se levantó sigilosamente, se armó de una daga, que hubo de depararle á la mano su desgracia, y la asestó primero contra su mujer, que despertó azorada, y gritó y pidió socorro, y contra sus hijos despues, que

acudieron á las voces y á quienes acometió de igual modo, hasta que al fin llegaron otras personas y lograron sujetarlo.

La naturaleza misma, ántes que nadie, rechaza este atentado.

¿Podrá, pues, dudar alguno que ese desdichado obró en un acceso de locura instantánea, perdida completamente la razon?

¿Pero podrá al mismo tiempo entenderse, dentro de lo verosímil, dentro de lo humanamente natural, que ese mismo hombre, acabado de cometer el crímen, recobrase su inteligencia y discurriese fria y razonablemente y comprendiese y conociese la situacion en que se hallaba? ¿No hubieron de quedar en él huellas y señales físicas y rastros morales que determinasen tambien *a posteriori* la causa impulsiva de su accion? ¿Pudo seguir, siendo despues del delito, el mismo sér inteligente, que era ántes de haber perdido en la Bolsa su fortuna?

Ni esto habria sido natural, ni verosímil, ni esto sucedió en el caso referido, donde el paciente, sometido á los más tiernos cuidados de su familia y á la asídua observacion y prescripcion del médico, si logró recobrar su juicio, lo recobró muy lastimado y siempre débil.

Los que sí suelen ocurrir, y sobre esto toda precaucion por parte de los tribunales y de los médicos es poca, los que en más de una ocasion se han visto han sido casos de *locura ficticia*, esto es, el fingimiento de la locura, posterior al crímen, como medio de salvacion para el culpable.

Algunos de estos, que delinquen estando en su cabal juicio, buscan luego en la demencia la base esencial de su defensa, calculada por sí propios ó por sus defensores sugerida, tratando de aparentarla de mil modos y por los medios que creen más á propósito; pero es muy raro el que ante la vigilancia de la justicia y la observacion constante y prolija de la ciencia, no descubre al fin el artificio.

Así, pues, la que nuevamente negamos, la que no podemos admitir y rechazamos es la locura, que como hemos dicho ántes y es fuerza repetir, se supone ser la raíz del mal que se produce y que naciendo con el delito, se extingue cuando ha sido consumado y desaparece por completo, quedando otra vez el delincuente, como si tal delito hubiera ejecutado, en el pleno ejercicio de sus facultades intelectuales.

Semejante enfermedad mental, cuya denominacion —*manía transitoria*— como observa el sábio profesor de la universidad de Berlin, Mr. Casper, no es científica y sí muy peligrosa, debe ser, segun el mismo, relegada de la ciencia.

Y relegada tambien y por lo tanto —añadimos nosotros— de los tribunales de justicia.

En cuanto á la cuestion Iniesta, por la ley planteada y á la ciencia so-

metida, los reputados médicos forenses del juzgado de la Inclusa, donde se siguió el preceso, D. Juan Boada y Valladolid y D. Mariano Estéban Arredondo, la resolvieron en su contestacion á las dos preguntas, que para mayor claridad y más fácil inteligencia, trascribimos á continuacion, y cuyos términos envolvian todo el problema.

¿Se dan enagenaciones mentales instantáneas, de aguda y súbita manifestacion y desarrollo, como asimismo de pronta desaparicion?

Dada su existencia, ¿pueden motivar por parte de los individuos que las padecen actos análogos á los cometidos por Iniesta?

Sin negar que diferentes autores, *exigiendo condiciones indispensables de existencia*, admiten la manía llamada transitoria, ambos profesores, de comun acuerdo, manifestaron que, atendidos los antecedentes del procesado y con arreglo á los principios de la medicina legal, no eran aquellos suficientes para decidir, ni aun probable y verosímilmente, que los crímenes cometidos por el mismo en la mañana del 8 de Octubre de 1865 hubieran sido efecto de una enagenacion mental aguda y transitoria.

Quedamos, pues, como resúmen de todo, en que la locura ó demencia puede ser *total ó parcial*; en que puede ser *permanente*, *á intervalos ó intermitente* —de más ó ménos duracion en ambos casos,— en que puede ser tambien *aguda*, *súbita*, *instantánea* y hasta *transitoria*, en el concepto de producirse por períodos más ó ménos largos y con síntomas prévios y señales preliminares; pero en que de ninguna manera puede admitirse esta última, bajo el punto de vista de hallarse tan identificada con el crímen que, siendo el crímen mismo, vive precisamente en él, nace cuando él nace, dura lo que él dura y se extingue ante la presencia del mal que ha producido.

Y quedamos en que la *imputabilidad* de los delitos, considerada con relacion á todas las posibles aberraciones del entendimiento humano, que constituyen la locura en sus diferentes formas, está en razon directa de los grados de inteligencia con que se lleva á cabo el mal propósito—en lo cual, teniendo el Código á la vista, apreciamos *la imbecilidad*, como él manda que se aprecie; y está en la mayor ó menor suma de voluntad, de malicia, conciencia y libertad, con que se ejecuta, determinada, segun la doctrina que acabamos de explicar, por los prodromos ó signos que bajo diversos caractéres anuncian la invasion de esa terrible y misteriosa enfermedad, que á tantos estudios y observaciones ha dado acasion y que en realidad y con verdadera exactitud todavía no ha podido definirse.

Cuando la responsabilidad moral de las acciones depende esencialmente del discernimiento, ó sea la inteligencia, con que se ejecutan, claro es que el niño, en quien la inteligencia falta y el discernimiento está por desarrollar, no puede responder de las suyas, siquiera estén prohibidas y castigadas por la ley.

A la edad, como base de exencion, despues de haber hablado de la imbecilidad y la locura, el Código de 1870, conforme con los de 1848 y 1850, se refiere en el número segundo de su artículo 8.°, concretándola primero y de un modo absoluto al *menor de nueve años* y ampliándola despues al *menor de quince*, si bien condicionalmente y en el caso que el mismo fija y determina.

Esta prescripcion, absoluta y condicional, nace precisamente de la naturaleza.

Todas las legislaciones han convenido en ella y la han aceptado, como indispensable, por más que no todas hayan estado conformes en el límite, de donde la irresponsabilidad no debe pasar.

Mientras el Código de Napoleon—en su art. 64—declaró sin restriccion alguna exentos de toda pena á los menores de nueve años, el de Austria,—en su art. 2.°—y el del Brasil—en el 10—fijando la edad de los menores en catorce, establecieron cada uno de ellos, á su modo, este último, que no serian hasta tanto considerados criminales, y aquel otro, que no constituia delito ninguna accion ú omision cometida por los mismos.

Tambien en nuestra antigua legislacion se observa notable diferencia acerca de este punto.

Al impuber—*qui doli capax non est*—se referia el Digesto en su ley tercera, tít. 10, lib. 47; entendiéndose por tal el que no se hallaba en aptitud de reproducirse, y cuya edad se fijaba en los varones á los catorce años y en las hembras á los doce.

Semejante diferencia, con relacion al sexo, admisible ciertamente, segun los términos de dicha ley, por lo concreto de su frase, no se halla establecida en las leyes posteriores, ni aun en la 4.ª, tít. 19, Part. 6.ª, que habla de los delitos contra la honestidad, en los cuales cabe mejor la distincion.

Esta ley, y con ella la 9.ª, tít. 1.° de la 7.ª Partida, establecieron, como límite de la irresponsabilidad, la edad de diez años y medio, en todo caso, y de catorce para los expresados delitos contrarios al pudor; habiendo venido despues la 3.ª, tít. 14, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, la cual, sin prescribir limitacion fija y concreta, dijo que al mayor de diez y siete se le podia imponer hasta la pena capital, disminuyendo su extension para los que, sin haber llegado á ellos, hubieran cumplido ya los quince.

Nuestro Código de 1822 creyó que á los siete años ha comenzado á nacer en el hombre el discernimiento, si no completo y cabal, suficiente al ménos para que en algo conozca si obra bien ó si obra mal, y por esto fué que en su art. 23 se expresó de esta manera:

«Tampoco puede ser considerado como delincuente ni culpable en ningun caso el menor de siete años cumplidos.»

¿Por qué, pues, esa diversidad de preceptos en las leyes antiguas y modernas y en las leyes pátrias y extranjeras respecto de este punto?

¿Es, por ventura, que en unos países el desarrollo de la inteligencia del hombre lleva más precocidad que en otros? ¿Depende acaso de la constitucion física, entre los indivíduos de la raza humana, aquí ó allí nacidos, en la época actual ó en épocas pasadas, ó es tal vez la dificultad misma de deslindar las cantidades posibles de discernimiento, en su progresion relativa con las diferentes edades de la vida?

Todo á la verdad habrá contribuido á ello.

Cosa es, por cierto, muy sabida, cuanto más que en las regiones septentrionales avanza la naturaleza en las meridionales y se desarrolla y crece más la existencia en todos los séres y en todos los objetos, y nada raro es, por lo tanto, ni es extraño, ántes bien se observa como, en igualdad de edades, son ántes hombres en las segundas, por su inteligencia y reflexion, los que en las primeras tardan mucho más en adquirir ese carácter.

No queremos pensar, ni queremos suponer, ni ménos todavía queremos escribir, que, desde 1822 acá, la raza española haya podido degenerar en su constitucion física y en su desarrollo intelectual, de tal manera que hoy haya de decirse que el discernimiento aquí no viene al hombre hasta los nueve años, cuando entónces á los siete ya se le consideraba capaz de él.

Y, sin embargo, no sólo en las cuestiones de discernimiento, no sólo en las cuestiones de aptitud física, sino en las cuestiones de ilustracion, y en las de rectitud, y en las de prudencia, y en las de moralidad y de justicia, y en las de valor y patriotismo, en todas cuantas al indivíduo, en su existencia pública y privada, atañen y conciernen, una ligera ojeada retrospectiva podria producirnos un amargo desengaño.

Ello es que, si bien se mira, no hay niño alguno—salva rarísima excepcion—y esto todos lo sabemos y comprendemos, porque en toda ocasion y á toda hora lo vemos—no hay niño alguno que á los siete años tenga conciencia de sus actos.

Y gracias si la mayor parte á los nueve saben distinguirlos.

Tanto esto es así, cuanto que la ley misma, el Código de 1870, copiando tambien en esta parte aquello que dijeron los de 1848 y 1850,

declara exento de responsabilidad al mayor de nueve y menor de quince, *á no ser que haya obrado con discernimiento.*

Luego es señal—y en esto tiene muchísima razon la ley—de que aún á los quince puede no haberse desarrollado en el hombre la inteligencia necesaria para apreciar el bien y el mal, para distinguir lo justo de lo injusto, como de ello se ven muchos ejemplos.

Respecto de este último punto, el Código de 1850 se limitó á decir que el tribunal haria declaracion expresa sobre este importantísimo particular, para imponer al menor, caso afirmativo, la pena correspondiente ó para considerarlo irresponsable.

Esto mismo y de igual manera establece el de 1870, si bien añadiendo el párrafo siguiente:

Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado á su familia, con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educacion, será llevado á un establecimiento de beneficencia, destinado á la educacion de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos.

Virtualmente considerado—no en su letra, que es difusa, sino en el espíritu, que de su contenido se desprende—ese párrafo, en su primer período y por regla general es casi ocioso: en el segundo supone una pena, mejor dicho, una correccion, útil, provechosa, necesaria, si se quiere, pero que hasta cierto punto parece en contradicion con la irresponsabilidad, que se declara; tal es la reclusion en un hospicio.

Tratándose de un menor de quince años, que delinque sin discernimiento, la responsabilidad para aquel que lo tenga bajo su potestad ó guarda legal está esplícitamente consignada en la regla 1.ª del art. 19, y la entrega á su familia no habrá de suponer más que el cumplimiento indispensable de un deber social, en su devolucion á la misma, siempre y en todo caso natural y procedente.

Y si el menor es huérfano, y no tiene familia y está desamparado, no parece que debe ser el tribunal el que decida, por medio de un fallo, en cierto modo condenatorio, su encierro ó reclusion, cuando su mision está limitada á la declaracion expresa de haber obrado sin discernimiento.

Esto no quita para que pudiera recomendarlo—solamente recomendarlo—á la Beneficencia pública, ó sea al gobernador de la provincia respectiva, como patrono nato de ella, para su amparo y educacion en cualquiera de sus establecimientos, al igual de los otros jóvenes, que, bajo el manto de la caridad, se albergan en los mismos.

Dentro de este derecho propio, que indudablemente le asiste y le compete, eso de mandarlo recluir por medio de una sentencia recaida en un juicio y desde luego condenatoria, es hacerlo de peor condicion que á los demás, sin culpa alguna por su parte, toda vez que obró sin discernimiento, no supo lo que hizo, y fué, por lo tanto, declarado irresponsable.

Dadas, pues, por punto general, las condiciones esenciales de la naturaleza, en los primeros años de la vida; dadas las observaciones comunes, ya explicadas por la ciencia, ya sometidas á nuestro propio criterio, dentro de los actos de cada indivíduo ó de cada familia, á los cuales en el trato social, más ó ménos íntimo, todos tenemos ocasion de aplicarlas, bien puede asegurarse que en la irresponsabilidad absoluta, señalada hasta los nueve años, y en la irresponsabilidad condicional, señalada hasta los quince, nuestros modernos Códigos han buscado un término adecuado, que abona la experiencia, autoriza el buen sentido, y la prudencia no rechaza.

No delinquen y, por consiguiente, están exentos de responsabilidad:

El menor de nueve años.

El mayor de nueve y menor de quince, á no ser que haya obrado con discernimiento.

El tribunal hará declaracion expresa sobre este punto, para imponerle pena ó declararle irresponsable.

Se averigua que el autor de la infraccion penada por la ley no ha cumplido nueve años.

Nada más hay que hacer en el proceso.

Se está de lleno en el caso tercero del art. 555 de la de Enjuiciamiento criminal, segun el cual, procede el sobreseimiento libre, por aparecer de un modo indudable que se halla exento de responsabilidad criminal el autor del hecho, que á su formacion dió orígen.

Podrá surgir la cuestion civil, cuestion que, segun la interpretacion que en algunos tribunales se ha dado al art. 11 de la expresada ley, ha tomado en estos últimos tiempos un sesgo muy distinto, estableciéndo-

se, como principio absoluto, que solo á instancia de los perjudicados puede promoverse.

No es esta, sin embargo, la ocasion de tratar de ella.

La anunciamos únicamente como mera indicacion incidental, reservando, para cuando venga el art. 121 del Código, que es el más propio y adecuado, las observaciones y consideraciones que su exámen y estudio, y la práctica recientemente establecida y algunas resoluciones en casacion del Tribunal Supremo, nos sugieran.

Pero hé aquí que el autor del hecho prohibido, mayor de nueve años, no ha cumplido quince.

La cuestion varía de aspecto.

Con ser pura y esencialmente un punto de ley el que ha de ventilarse, la ley, que no ha podido dar al juzgador reglas precisas, para que por ellas lo exclarezca, arregle y fije, lo somete todo íntegro á su prudente arbitrio, segun pueda y deba apreciar los datos, en que su resolucion haya de fundarse.

La mision del juzgador, por consiguiente, en tales casos, es mucho más expuesta, más arriesgada y peligrosa.

Nuestras antiguas leyes, así como otras extranjeras análogas, tendiendo sin duda á evitar toda vacilacion judicial, comprendiendo cuánto esa indeterminacion de la edad puede dar ocasion á incertidumbres, y aun ser motivo alguna vez de arbitrariedad—que en la buena administracion de justicia es lo más grave—adoptaron un tipo fijo, como fijo es el de los nueve años en nuestros Códigos modernos, para la irresponsabilidad absoluta, elevándolo á mayor altura y determinando, por ejemplo, que si hasta los catorce no habia criminalidad, ni habia culpa ni habia pena, de catorce en adelante quedaban los culpables, en más ó ménos extension, sujetos al juicio y al castigo.

Ello es, no obstante, que si estas edades taxativas son de suyo más claras y dan más fácil interpretacion á la ley, que taxativamente las regula, son, en cambio, por su mismo rigor, y por su inflexibilidad, y por su tendencia niveladora, mucho más expuestas á que por ellas se incurra en injusticia.

Desde el momento en que hay jóvenes de diez, once, doce ó catorce años, con verdadera y cabal inteligencia y con discernimiento suficiente para conocer, en lo bueno y lo malo, todo el alcance y extension de sus acciones, mientras que en otros, de igual tiempo, ni el discernimiento ni la inteligencia se han desarrollado lo bastante, para que discurran como aquellos, la ley no hubiera sido justa, hubiera á su vez pecado de arbitraria, si á todos dentro de una misma medida los hubiera comprendido.

Por el contrario, altamente filosófica, altamente previsora, no ha podido ménos de estimar que la presuncion es, y es preciso que sea, favorable á los menores de quince años, y ha supuesto, como lo más racional y verosímil, que si dentro de tan corta edad el discernimiento ha empezado á desarrollarse en ellos, es todavía débil ó es insuficiente, para fundar la responsabilidad en la ejecucion de un acto penado, cuya inmoralidad no se les alcanza.

Pero como esto no es seguro, como el discernimiento puede venir al hombre despues de los nueve y antes de los quince, y no habria de ser justo que el que antes de llegar á esta edad, teniendo la inteligencia necesaria para bien apreciar los actos que ejecuta, si comete un hecho penado quede impune, por eso ha dejado al prudente arbitrio de los tribunales esa tan difícil apreciacion, que no lo es tanto, cuando se llaman al juicio los datos y comprobantes, que más pueden servir y ser de mayor utilidad y eficacia en casos tales.

Si antes de ahora, en muchísimos procesos, y ahora, en varias ocasiones, no hubiéramos visto cómo los jueces de primera instancia en estas cuestiones de falta de discernimiento y declaraciones de irresponsabilidad han obrado de lijero, y, casi pudiera decirse, á la ventura; no nos detendríamos en algunas consideraciones sobre cuáles han de ser esos datos y esos comprobantes, que préviamente deben consultarse.

En nuestro tratado de *Derecho criminal*—edicion de 1861—á la página 133, llamamos la atencion sobre estos descuidos, que eran entonces muy frecuentes.

Y planteamos además otros problemas, que vienen á este libro, y en este paraje, muy al caso, y de los cuales, siquiera sean en algun tanto repetidos, no hemos de prescindir, atendida su importancia.

Grandes esfuerzos y no escasa perseverancia fueron menester tiempos atrás, por parte del Ministerio fiscal y de las salas de justicia de los tribunales superiores, para que los jueces de primera instancia—hablamos por punto general—fijasen su atencion en la manera de dar exacto cumplimiento al art. 8.° del Código, respecto de si los menores de quince años habian obrado con ó sin discernimiento, para castigarlos, en un caso, ó para declararlos, en otro, irresponsables.

Ejerciendo ahora nosotros nuestras funciones oficiales en otra esfe-

ra más elevada, y más apartada, por lo tanto, de aquella, á que las presentes consideraciones se refieren, no sabemos con cabal exactitud cuál sea hoy la práctica ó la jurisprudencia establecida, con relacion á este particular, en las causas criminales.

Sea, sin embargo, la que quiera, tales estudios, en lo que puedan ofrecer de enseñanza y en cuanto valgan para inculcar la buena doctrina y para explicar en este punto y sostener los verdaderos principios, en que la recta administracion de justicia ha descansado siempre y es preciso que descanse, pueden quizás ser todavía de algun modo y en algun concepto provechosos, y, por más que en ellos seamos breves, no hemos de omitirlos.

Los antiguos procesos—y al decir antiguos, nos referimos á la quinta y mitad de la sesta decena de este siglo—los antiguos procesos, por regla general, no ofrecian en sus fólios, como base de la declaracion de irresponsabilidad criminal, por falta de discernimiento en los menores de quince años, más que aislados y muy concisos informes, no ya siempre de los médicos, que no en todos los pueblos suele haberlos, sino de los cirujanos de los partidos respectivos, los cuales—cirujanos ó médicos—contentándose con un exámen imperfecto y superficial del jóven procesado y dentro acaso de ligerísimas observaciones, emitian desde luego su opinion afirmativa ó negativa, siendo esta el fundamento principal y el criterio casi exclusivo de los jueces inferiores, para decidir y resolver cuestion tan grave.

Para mejor sintetizar nuestra opinion y ser más breves, vamos á permitirnos copiar los siguientes párrafos de nuestra ya citada obra de *Derecho criminal*—pág. 134—donde, en perfecta armonía con las ideas sustentadas por el que tantos años y con tan buena como merecida reputacion fué fiscal del Tribunal Supremo, D. Antonio Corzo,—expusimos y explicamos cuanto, en nuestro sentir, debe siempre tenerse muy en cuenta, respecto de este extremo.

«Fácilmente se comprende—dijimos—que no está ni puede estar al alcance de la ciencia médica la resolucion decisiva, en materia tan importante, que con grande indiferencia se ha venido siempre mirando, por desgracia, y que el exámen, y ese no muy minucioso por cierto, de uno ó dos facultativos no puede formar por sí solo el fundamento legal, en que haya de buscar el juzgador, si no un norte fijo, el más seguro posible, para pronunciar el sí ó el no de la exencion ó de la pena.»

»Si tales reconocimientos, nunca decisivos, constituyen, á no dudarlo, datos de ilustracion muy apreciable, menester es no perder de vista cuánto pueden, hasta cierto punto, ser ineficaces y aun falibles y cuánto á su vez y por lo mismo insuficientes, para dar fuerza legal á la opinion

terminante de que un menor de quince años, que cometió un hecho justiciable, obró en él con verdadera conciencia é intencion de lo que hizo.»

»Tanta puede ser acaso su malicia, que le enseñe á fingir con facilidad y verosimilitud, durante el reconocimiento médico, una sencillez ó inocencia, que no tiene, como fácil es el caso contrario de que, en medio de una inocencia cierta, ofrezca síntomas de un criterio aparente, que haga recaer sobre él un informe inexacto y, por lo tanto, una pena inmerecida.»

. . . .

. . . .

«Los reconocimientos de los médicos se limitan por precision á observaciones de presente, mientras que los curas párrocos, por una parte, y los profesores de primaria educacion, por otra, bajo cuya inmediata vigilancia viven los menores, pueden referirse en sus informes, no á las apreciaciones de actualidad, sino á las que ya anterior y respectivamente tengan hechas, en sus diferentes cargos, acerca de la conducta moral y religiosa, inclinaciones, aptitud, desarrollo y verdadero discernimiento de los mismos.»

»Estos datos, por consiguiente, unidos á los que constituyen las declaraciones médicas y, sobre todo, á las observaciones propias del juez de la causa, en las preguntas de la indagatoria y en cuantas otras más crea conducentes, al mejor exclarecimiento de la cuestion, que ha de resolver, son y deben ser siempre la base y el norte mejor y más seguro de su declaracion afirmativa.»

Esto que escribimos entonces, lo escribimos hoy tambien y con satisfaccion lo repetimos; porque esto, hoy como entonces, cuando la ley es igual, con relacion á ella y á la materia actual, nos parece que viene muy á cuento.

Declarado criminalmente irresponsable, al tenor del núm. 2.° del art. 8.° del Código, el menor de quince años, de quien dice expresamente el tribunal que en el hecho prohibido, que hubo de ejecutar, obró sin discernimiento, no por esto, segun lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 19, ha de entenderse que la responsabilidad civil desaparece de igual modo, puesto que han de responder por él aquellos, que los tengan bajo su potestad ó guarda legal—á no probar que no tuvieron cul-

pa—ó los bienes del propio menor, salvo el beneficio de competencia de la ley civil.

Pues bien: supongamos el caso de un jóven de catorce años, que hurta un reló, que luego pierde.

Se sigue, como es consiguiente, causa contra él; se prueba el hecho, se prueba además que obró sin discernimiento, se le declara exento de responsabilidad; pero teniendo bienes propios y estando en el caso del párrafo 2.° de la regla 1.ª del citado art. 19, paga con el importe de su venta el precio de la alhaja sustraida, repara el daño causado, si le hubo, y abona la indemnizacion de perjuicios.

Dos años despues, ese mismo jóven hurta una sortija, tasada en mil reales; se le procesa de nuevo, confiesa y se le aplica el art. 531 del Código en su párrafo tercero.

Extinguida su condena y puesto en libertad, hurta una escribanía de plata, se justifica el delito y se tasa aquella en mil pesetas, ¿habrá de aplicarse conjuntamente, al igual del mismo art. 531, en su párrafo 2.°, el 533, en su núm. 3.°, aceptando el concepto de ser el culpable dos veces reincidente?

Todo aquel que en tres distintas ocasiones ejecuta un mismo hecho, indudablemente reincide en él dos veces.

Bajo este punto de vista, examinada la cuestion en absoluto, nadie podrá negar que tres hurtos vienen á suponer dos reincidencias.

Luego de esta premisa parece deducirse la consecuencia, de que el jóven, que menor de quince años hurtó el reló, y, habiendo pasado de esa edad, hurtó primero la sortija y despues la escribanía, es dos veces reincidente y se le debe imponer la pena inmediatamente superior en grado á la señalada al delito por la ley.

Aquí, sin embargo, de la locucion reformada del Código de 1870 en el párrafo 1.° de su 8.° artículo.

«*No delinquen* y, por consiguiente, están exentos de responsabilidad..... los menores de quince años, que obran sin discernimiento.»

Si, pues, el menor que hurtó el reló no delinquió, el hurto de la escribanía, sobre aquel de la sortija, no más significa que la primera reincidencia, hoy no castigada.

No se le puede, por lo tanto, imponer la pena inmediata superior en grado, sino la que para el hurto simple ú ordinario se halla establecida por la ley.

De esta misma manera, con relacion á la primera reincidencia, que estimaba el Código de 1850, como circunstancia agravante cualificativa, y en igual sentido, explicamos entonces esta duda, que, en realidad, no lo es, dado el punto de vista y desde el momento en que si bien la con-

denacion en la responsabilidad civil puede decirse que equivale, en cierto modo y en casos de esta naturaleza, á la expresa declaracion de haber delinquido el menor de quince años, ello es que no se hace efectiva en él la sancion penal, porque atendidas sus circunstancias, la ley le exime de ella, lo cual, si no es una razon poderosa para negar la reincidencia, dando al precepto una interpretacion más lata, tampoco cabe en él.

Hoy, sin embargo, con el *no delinquen* del Código novísimo, la cuestion, sin incertidumbre alguna, está resuelta.

Algo más grave y complicada es la dificultad que sobre el mismo tema se nos ocurrió entonces, que actualmente subsiste y que vamos á exponer.

Borremos para ello, tengamos por no instruidos los dos últimos procesos contra el mayor de quince años por los hurtos de la sortija y de la escribanía y dejemos limitada su responsabilidad al del reló, en la situacion de no haber cumplido aquella edad y con la circunstancia, por falta de discernimiento, de haber sido declarado criminalmente irresponsable.

Supongamos tambien que sus padres ó guardadores legales han justificado la excepcion de no haber tenido culpa alguna y que ellos ademas y el menor son insolventes.

Examinemos despues las disposiciones terminantes tanto del art. 19, en el párrafo 2.° de su regla primera, como igualmente del 50, con referencia al núm. 1.° del 49, que habla de la reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios, puntos de responsabilidad civil exigible, al tenor del 121, y deduzcamos consecuencias.

No hay remedio: ó la ley se cumple exactamente, en cuanto con toda claridad prescribe y determina, y en este caso el menor de quince años, declarado exento de responsabilidad criminal por falta de discernimiento y sujeto á la civil, tiene que sufrir, por su insolvencia, la responsabilidad personal, ó sea la prision subsidiaria, á razon de un dia por cada cinco pesetas; ó en vista del absurdo, que de la combinacion de dichos artículos resulta, no se cumple y no se observa, y entonces la infraccion es manifiesta.

Y esto es sumamente claro.

»Si el sentenciado—dice el art. 50—no tuviese bienes para satisfacer

las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los núms. 1.°, 3.° y 5.° del artículo anterior, quedará sujeto á una responsabilidad personal subsidiaria, á razon de un dia por cada cinco pesetas, con sujecion á las reglas siguientes.»

Es así que el núm. 1.° del art. 49 trata de la reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios, comprendidos como parte de la responsabilidad civil establecida en el cap. 2.° del tít. 2.°: es así que el menor de quince años ha sido sentenciado á satisfacerlas: es así que es insolvente, luego dentro de los términos precisos de la ley, ó la ley deja de cumplirse ó queda sujeto á tantos dias de prision como duros importen las responsabilidades pecuniarias exigibles y que no puede pagar.

Interpretamos fielmente la ley; no la comentamos.

Que es defectuosa, y mucho, en esta parte, lo demuestra ese mismo contrasentido, que ofrecen en sí las disposiciones, que á este propósito contiene en los artículos citados.

Y no es, por cierto, de hoy este defecto, que ya oportunamente en nuestra citada obra, al fólio 137, con relacion al Código de 1850 lo advertimos y muy fácilmente en el de 1870 habria podido subsanarse.

Dijimos entonces y ahora, insistiendo en ello, creemos conveniente repetir, que si, dado el caso que hemos puesto por ejemplo ú otro análogo, se pidiese contra un menor de quince años, declarado criminalmente irresponsable é insolvente, la prision subsidiaria, no habria términos hábiles dentro del mismo Código para rechazar la pretension, legal en el fondo y de todo punto procedente.

Cierto que la rechazarian la razon y el buen sentido; pero como ni el buen sentido, por sí solo, ni la razon ni todas las consideraciones posibles son suficientes para que por ellas se deje de aplicar una ley escrita, clara, precisa y terminante, la consecuencia ineludible es que la exencion de responsabilidad criminal, por un lado, la responsabilidad civil, por otro, y la responsabilidad subsidiaria por otro; aquella primera que supone la exclusion de toda pena personal para el menor de quince años, que obró sin discernimiento, y esta última que lleva consigo la prision del mismo, vienen á producir un conflicto jurídico, que solo con la modificacion, aclaracion ó reforma de la ley, en la mejor combinacion de las tres, puede salvarse.

La defensa propia es instintiva y natural.

Y tanto como la propia es natural tambien é instintiva la de aquellas otras personas, á quienes nos unen vínculos sagrados, de que la sangre y el cariño no pueden prescindir.

Por eso es que, ya se refiera á nosotros mismos, ya á los indivíduos de nuestra familia, por nuestra propia persona ó por nuestros propios derechos, ó por los derechos ó las personas de aquellos, siendo tan natural, como realmente lo es, lleve en sí la consecuencia de ser legítima, y por legítima la de ser igualmente permitida.

Lo mismo el Código de 1848, que el de 1850, que el de 1870, han considerado exento de responsabilidad criminal al que, obrando dentro de las condiciones necesarias de la defensa, en los términos, que á continuacion diremos, ejecuta un hecho prohibido.

Y tanto han estimado este principio, que todavía han consignado como extensiva al que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, la exencion de responsabilidad, siempre que se ajuste á esos indicados requisitos, que en los tres casos —números 4.°, 5.° y 6.°— del art. 8.° determinan los tres citados Códigos y vienen á ser en los tres casi unos mismos.

Agresion ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla, y falta de provocacion suficiente, por parte del que se defiende, cuando se defiende á sí propio: que no haya tenido participacion en la provocacion del acometido, cuando defiende á su cónyuge, ascendientes, descendientes ó hermanos: que no haya sido impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítmo, cuando defiende la persona ó los derechos de un extraño.

La ley habria dejado de ser justa, si en sus disposiciones no hubiese respetado en primer término los derechos naturales, que deben tener precisamente en ella su más firme defensa.

El hombre ilegítimamente acometido, defendiéndose á sí propio es, en esa su misma accion, amparado y defendido por la ley.

Pero la ley moderna en esta parte ha sido más cuidadosa y previsora que la antigua; bien que las costumbres y los hábitos sociales y la civilizacion sean muy distintos.

Si nos remontamos á las Partidas y estudiamos la letra y el espíritu de las leyes 2.ª y 3.ª, título 8.° de la 7.ª, y examinamos despues la 1.ª, título 21, libro 12 de la Novísima Recopilacion, veremos cuánta extension al derecho de la defensa individual se daba en ellas.

«Natural cosa es et muy guisada —dice la primera— que todo home haya poder de amparar su persona de muerte, queriendo alguno matar á él, et non ha de esperar á que el otro le fiera primeramente, porque

podria acaecer que por el primer golpe que diese podrie morir el que fuese acometido et despues no se podrie amparar.»

Por matar á otro —segun la misma— cuando éste va contra alguno, llevando en la mano cuchillo sacado, ó espada, ó piedra, ó palo ú otra arma cualquiera, con que lo pudiese matar, no caia en pena.

Ni caia en ella tampoco —segun la segunda— aquel que mataba al ladron dentro de su morada, si el ladron no se queria dejar prender y dar á la justicia y se amparaba con armas; ni por muerte dada de noche al que encontraba incendiando su casa, sus mieses ó sus campos, ó al ladron que de dia tomaba por fuerza las cosas de su hacienda.

.... «salvo— dice la tercera— si matase á su enemigo conocido ó defendiéndose, ó si matase ladron que hallase de noche en su casa, hurtando ó foradándola..... ó si le hallase hurtándole lo suyo y no lo quisiere dejar.»

La amplitud de la defensa propia, dentro de los términos y requisitos de esas leyes, era la que indudablemente convenia á los usos y costumbres de su tiempo.

La justicia, sin embargo, no podria llenar su sagrada mision, desde el momento en que el hombre ofendido se tomase la suya, ó la que creyera ser suya, por su mano.

La defensa propia, por lo tanto, la defensa de nuestros derechos por nosotros mismos y la defensa de nuestros hijos, de nuestros padres y de nuestros cónyuges, como la de las personas que nos son extrañas, tienen que limitarse á ciertas condiciones y sujetarse á ciertas reglas.

Estas reglas y aquellas condiciones, en la legislacion antigua no terminantemente definidas y prescritas, sometidas, por consiguiente, en su interpretacion, al libre y prudente arbitrio de los juzgadores, son precisamente las que se han fijado, como indispensables, en los Códigos modernos.

La ley francesa, estableciendo una division importantísima, respecto de la calificacion de los hechos, que siendo en todo caso punibles, dentro de la esfera de las lesiones y homicidios, constituyen en los suyos particulares la razon de la defensa y la exencion de toda pena, dice y determina —Código francés, art. 328— «que no hay crímen ni delito, cuando el homicidio ó las lesiones han procedido de la necesidad actual de la defensa de sí propio ó de otro.»

Pero no siempre—segun el mismo, en sus dos artículos siguientes— no siempre la necesidad de la defensa puede producir idénticos efectos.

La necesidad de la defensa y, por consiguiente, la irresponsabilidad absoluta, para aquel que hiere ó mata, la comprende en los casos de que el autor del homicidio ó las lesiones haya tenido por objeto el re-

chazar, durante la noche, el escalamiento ó rompimiento de puertas, paredes ó entradas de su casa, ó defendiéndose—de noche tambien—contra malhechores, que intenten robo con violencia.

En el primero de esos hechos, sin embargo, si ocurriese de dia, la accion de la defensa seria solo escusable.

El Código austriaco, en su art. 127, es más concreto.

«Los que en el acto de oponer una justa y legítima defensa—dice—matan á otro, no cometen delito alguno; pero es necesario que se pruebe que de las circunstancias de tiempo, lugar ó personas, resulte fundadamente que la justa y necesaria defensa se ha empleado solo para preservar su vida, sus bienes, su libertad ó los de otro.»

La tendencia de esta ley, ménos lata en su espíritu y más terminantemente condicional, va con grande cordura encaminada á encerrar, dentro de lo extrictamente necesario y justo, lo que, sin tan precisos requisitos, pudiera muy fácilmente degenerar en un abuso.

El Código del Brasil, en su art. 14, se vale de otros términos distintos y todavía restringe más la impunidad, ampliando más sus condiciones.

El crímen que uno comete en defensa propia ó de sus derechos ó en defensa de su familia, sin dejar de ser tal crímen, es, segun él, *justificable*; pero para esto se necesita que simultáneamente concurran las circunstancias de la realidad del mal, que el *delincuente*—así lo llama—quiso evitar, de la falta absoluta de otro medio ménos perjudicial y de que por parte del mismo ó de su familia no haya habido provocacion ó delito que dé ocasion al hecho.

Esto mismo, aunque con muchísima más extension y detallando, uno por uno, los casos en que el homicidio no debia ser castigado, dijo y dispuso el Código español de 1822, en su art. 621; esto mismo es lo que, en sustancia, aunque con más precision y concision, escribieron los de 1848 y 1850, como antes hemos indicado, y esto mismo, en fin, lo que ha venido á reproducir, como síntesis de todos los demás, en los núms. 4.°, 5.° y 6.° de su art. 8.°, el de 1870, objeto de estas líneas.

Tales requisitos, en todas las legislaciones, que hemos citado, como en cuantas otras hemos dejado de citar, que habrian de ser sin duda alguna todas las habidas, porque el derecho de defender nuestra existencia, cuando la vemos gravemente amenazada, es un derecho natural del hombre, que nace del instinto de su propia conservacion y vive amparado siempre en su conciencia y, por lo tanto, supone un derecho universal; tales requisitos, como base de la defensa propia, constituyen únicamente los hechos, que calificados de homicidio ó lesiones por la ley, llevan consigo la irresponsabilidad, que la misma otorga á sus autores.

Bajo este doble concepto, nada diremos de las segundas, porque si en lo más entra lo ménos, claro es que el beneficio concedido al que ejecuta un delito mayor, no se ha de negar al que no llega tan lejos.

Ni por extraños á la materia que estudiamos, aunque hasta cierto punto análogos, siquiera de más lejana aplicacion, entraremos en el análisis de esos homicidios, que la ley francesa ha venido apellidando *legales*, que ocurren en propia defensa, pero que no tienen en realidad ese carácter, á que la exencion de responsabilidad exclusivamente se refiere.

Los homicidios que se cometen—por ejemplo—en el caso de una guerra entre dos naciones, formalmente declarada, ó los que ocurren en los movimientos insurreccionales, cuando la fuerza armada, al mando de los gobiernos legítimamente constituidos, ataca á los sediciosos, ó cuando los agentes de órden público, en el ejercicio de sus funciones, se ven obligados á rechazar la agresion de aquellos, haciendo uso de las armas, homicidios son seguramente, si bien no constituyen delito, porque la ley los autoriza y están completamente dentro de ella.

En este concepto la calificacion de *homicidios legales*, si entrara en nuestro objeto y hubiéramos de discutirla, no nos pareceria extraña ni violenta.

De *homicidios legítimos* califica á su vez el legislador francés esos otros, que se fundan en la legítima defensa del indivíduo, los cuales exigen allí, como hoy exigen tambien entre nosotros, los requisitos indispensables de la ilegítima agresion, de la necesidad racional del medio empleado para repelerla, y de la falta de provocacion suficiente, por parte del que se defiende, sin los cuales la ley excepcional no produce sus efectos.

Por el contrario, estos requisitos unidos destruyen completamente la culpabilidad.

Bien puede decirse que lo legítimo de la defensa está en razon inversa de lo ilegítimo de la agresion: mientras más ilegítima sea esta, más legítimo habrá de ser el derecho del que se defiende.

Así es que cuando uno mata á otro perfectamente dentro de tales requisitos, le es de todo punto aplicable y le alcanza en toda su plenitud la consecuencia eximente que lleva consigo la defensa propia, consagrada en todas las legislaciones; erigida en máxima por Ciceron, en uno de sus más célebres discursos; aceptada como un axioma de derecho natural por la ley romana, y que resumida en aquellas notables frases, conque el Digesto encabeza sus antiguas leyes, *quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimatur*, constituyen esa sublime sentencia, cuya fuerza y poder á ninguna ley humana es dado derogar.

Pero la defensa legítima contra la agresion ilegítima no puede extenderse tambien al acto de repeler una provocacion, en lo cual hay notable diferencia; de tal modo, que la provocacion solo significa una circunstancia atenuante, comprendida en el núm. 4.° del art. 9.°, de la que en lugar oportuno trataremos, mientras que la primera supone la irresponsabilidad en toda su eficacia.

Imposible es, á la verdad, determinar por reglas generales, aplicables á todos los casos, el límite que separa uno y otro acto; pero como razon de buen sentido y de recta interpretacion en ambos, desde luego entendemos que cuando la violencia ejercida contra alguno no pone en peligro su existencia, el homicidio, si bien con la circunstancia de atenuacion, queda sujeto á la pena de la ley; pero que se debe librar de ella aquel que lo ejecuta ó comete, si la violencia es tal, que ofreciéndole un peligro inminente, no tiene otro medio de evitarlo ni más recurso que matar para salvarse.

Una importante indicacion se nos acuerda á este propósito, de la que no queremos prescindir, y en la cual, haciendo completa abstraccion de la legislacion antigua, nos concretamos al Código vigente, por si en alguna ocasion fuera conveniente reparar en ella y meditarla.

El que obra en defensa de su persona ó derechos—dice—ó de los derechos ó persona de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y aun de extraños con los requisitos que señala.

Cualquiera puede, pues, matar impunemente á otro, dentro de esas condiciones precisas de la ley, si de ello tiene necesidad, para defender su vida ó la vida de sus descendientes, ascendientes, conyuges ó hermanos.

Esto es natural, ya lo hemos dicho ántes; es lógico y se comprende sin violencia.

¿Pero con qué razon, al igual de si se tratase de defender su propia vida, ha de poder herir ó matar á su ofensor, en ocasion de que, sin atentar á su persona, dirige únicamente la agresion contra sus derechos ó sus bienes?

Por precioso que sea el objeto ó derecho contra el cual se atenta—salvo en su caso el pudor de una mujer, segun diremos luego—la ley lo que podrá permitir es, que su dueño ó poseedor use de la fuerza con cierta moderacion, sin llevarla al extremo de dar muerte al ladron, á quien podrá perseguir, acometer, prender y entregar á la justicia; teniendo para esto muy en cuenta que, por punto general, la defensa de una cosa cualquiera, de un derecho, no puede considerarse como una necesidad absoluta, y que el sentimiento de la propiedad no puede tener en el corazon del hombre la misma influencia, el mismo poder que el instinto de la conservacion de la vida, ni supone los mismos derechos ni

puede llevar en sí el de matar al agresor, cuando éste no ataca su persona.

Esto, ó cosa parecida, hemos leido en el *Tratado del derecho de gentes* de Puffendorf, y la hemos considerado observacion muy acertada, para no dejar de hacer en este lugar mérito de ella.

Y es tambien, á este mismo fin, cuestion análoga la que en cierta ocasion resolvió el Consejo de Estado francés, acerca de si una ofensa al honor, un bofeton dado en el rostro á una persona, podia considerarse en ésta como razon de legítima defensa, para herir ó matar á su ofensor.

«El ciudadano, que rechaza una ofensa—dijo Mr. Favre—no se encuentra en la necesidad de repeler la fuerza con la fuerza, y si pega, hiere ó mata, es solamente por vengar la injuria y para castigar á aquel que se la infiere. Y como el derecho de castigar corresponde únicamente á la autoridad pública, la herida, ó el homicidio no puede ser justificable.»

Por lo demás, el art. 8.°, que analizamos, en sus números 4.°, 5.° y 6.°, viene dando ocasion á muchísimos y muy diversos casos y ya hemos dicho que ni la ley ha podido establecer reglas fijas para todos, ni es fácil tampoco que los publicistas y comentaristas, que han tratado de ellos, hayan abarcado cuantos en la práctica, más ó ménos graves, pueden presentarse.

En igual situacion nosotros, y aún en desventajosas condiciones, por diferentes motivos, que no hemos de apreciar, vamos, sin embargo, á ampliar estas líneas con algunos ejemplos, que la práctica precisamente, y algunos procesos, en que hemos intervenido, nos traen en esta ocasion á la memoria.

En el año de 1866, María Fernandez—sustituimos nombres y apellidos—de veinte y dos años de edad, pastora ó guardadora de cabras en el pueblo de B....., hallándose sola en la falda de una colina, custodiando su rebaño, ya casi el sol puesto, observó que se le acercaba un hombre andrajoso, mal encarado y de barba larga y cenicienta, que ya, en diferentes ocasiones, le habia salido al encuentro en aquel dia, si bien hasta entonces se habia limitado á muy vagas palabras, en son de amoroso requerimiento, de las que ni ella habia hecho caso, ni en las que él tampoco habia insistido.

El hecho, sin embargo, en esta última ocasion varió de aspecto.

Con intimidacion primero, y con fuerza despues, quiso él abusar de ella; se entabló entre ambos una lucha desesperada, y de esta lucha, salvando al fin María su honor, resultó el homicidio instantáneo del hombre, que asi se empeñó en ejecutar la violacion.

Fué, pues, el suceso, que viéndose la ofendida en aquel terrible

trance, y ya casi perdida, aprovechó uno de los movimientos de su agresor, y sacando una pequeña navaja, que para sus usos diarios le servia, de tal manera se la dirigió al corazon, y con tal acierto, y con tal fuerza y con tal ceguedad en su defensa, que en poquísimos instantes pagó el intentado crímen con la vida.

No quisiéramos decir aquí que, contra el dictámen del ministerio fiscal, que pedia la exencion de responsalidad, la Audiencia del territorio, si bien apreciando circunstancias atenuantes muy calificadas y rebajando por ellas los grados de la penalidad, la consideró y castigó como homicida.

No: la honra de una mujer es para ella más preciosa que su propia vida, y en ofensas de este género, segun la expresion de Séneca, la muerte es preferible.

Por esto es que, cuando para la mujer se trata de un peligro de este género, no se trata de una mera injuria, cuya reparacion se puede pedir y obtener de la justicia; se trata de una afrenta, que lleva la victima consigo por toda su existencia y que está interesada y obligada á impedir á todo trance.

Virginitas vel castitas corrupta restitui non possit —dijo la ley antigua, al hablar del rapto de una doncella, y este principio, por un lado, y esa misma estimacion de la honra y del pudor de la mujer, por otro, y los actos que preceden y acompañan al delito de violacion, ya se frustre ó se consume, y la intimidacion y la fuerza que contra la ofendida hace el agresor, y el ultraje, que supone el acto, y la imposibilidad de reparacion, todo, absolutamente todo, en esta clase de hechos, cuando son como el que acabamos de exponer, llevan en sí clara, precisa y terminantemente, dentro de la ley, la irresponsabilidad de la mujer, que hiere ó mata en legítima defensa de su honra, contra la ilegítima agresion de su ofensor.

Otro ejemplo:

El Marqués de......, que tenia á su servicio, en clase de ayuda de cámara, al jóven Cárlos Ruiz, hubo de sospechar relaciones ilícitas entre el mismo y su mujer, con cuyo motivo formó su plan para averiguarlas, y caso de ser ciertas, castigar en ambos su deshonra.

Pretestando al efecto un viaje de algun tiempo, salió de la ciudad y se alejó lo precisamente necesario, al objeto de su deseo, regresando por la noche sin ser visto.

Oculto en uno de los parajes más espesos del jardin, por donde hubo de pensar, no sin razon, que se comunicaban los amantes, desde el cual se distinguia perfectamente una ventana del piso bajo, á la sazon abierta, y en cuyo interior habia una luz bastante opaca, esperó armado

de un puñal, y con la natural inquietud, la hora de su desengaño ó de su afrenta.

Poco tardaron, por desgracia, en confirmarse sus sospechas.

Eran las once de la noche.

Cárlos Ruiz apareció cautelosamente en uno de los ángulos del edificio, por entre una calle de árboles, y dando vuelta al mismo, despues de detenerse algunos instantes, como para observar si alguien le seguia, penetró al fin por la ventana.

Diez minutos despues, el marido ultrajado acometia indistintamente á los adúlteros.

Pero hé aquí que, herida gravemente la marquesa y herido el ayuda de cámara tambien, aunque más ligeramente; cuando en medio de su furor asestó el marido un segundo golpe contra él, evitándolo en rápido movimiento, y logrando amartillar una pistola, la disparó contra su amo, que, atravesado el corazon, cayó sin vida al suelo.

Cuestiones legales:

Siendo indudable que Cárlos Ruiz obró en propia defensa para salvarse de una muerte cierta, ¿debió habérsele declarado exento de responsabilidad?

¡Oh!... Esto habria sido de todo punto contrario al interés de la moral y á los buenos principios del derecho penal y de la ley.

No cabe ciertamente en esta la doctrina de que se acepte como defensa legítima lo que, en todo caso, no se podria estimar sino como un pretesto para escusar un grave crimen; viniendo á resultar, si como defensa se aceptase, el monstruoso derecho en el adúltero de matar al marido, despues de la gravísima ofensa hecha á su honor.

Agresion ilegítima exige el Código, como circunstancia indispensable para la exencion de responsabilidad, y si bien no concede hoy expresamente al marido ultrajado la misma facultad, que le otorgaban las leyes 1.ª, título 7, libro 4.ª del Fuero Real y 1.ª, título 28, libro 6.° de la Novísima Recopilacion, en aquello de que «mujer casada que fiziese adulterio, ella y el adulterador, ambos sean en poder del marido y faga de ellos lo que quisiere y de cuanto han, así que no pueda matar al uno y dejar al otro,» ello es que el marido, acometiendo al que le hiere en su honor, obra en virtud de un derecho, que la ley no puede negarle, siquiera no le permita herir ni matar, interpretacion racional, que borra, moralmente, á lo ménos, lo ilegítimo de la agresion, de la cual el adúltero, por lo mismo, no puede ampararse.

¿Y si el Marqués de... hubiese dado muerte á Cárlos Ruiz, habria incurrido en responsabilidad?

Esta pregunta es de suyo compleja y no fácil de contestar en absoluto,

sino entrando de lleno en el exámen y apreciacion de las circunstancias peculiares del delito de adulterio.

Pero como tal exámen no es de este lugar, donde solo se trata de la responsabilidad, á consecuencia de una agresion ilegítima, no provocada, cuando se rechaza por el medio racional de la defensa, ni cabe el discurrir aquí directamente sobre interpretacion de las antiguas leyes, no son oportunas las observaciones, que acerca de su derogacion pueden nacer de la disposicion terminante del art. 626 del Código, de lo cual hablaremos en su dia.

Concretando, por consiguiente, la pregunta al punto en cuestion, casi podriamos contestarla con análogas consideraciones á las que hemos expuesto, al citar el caso de violacion de María Fernandez, modificadas, en el presente, por las circunstancias de tiempo, localidad y necesidad; puesto que si por medios no tan duros pudo el Marqués de... haber obtenido la represion y castigo del culpable, ese de darle muerte con su propia mano, si muy atenuado siempre; no llenaria, dentro de la legislacion moderna, todos los requisitos, que para la exencion son necerios.

Ni los llenaria tampoco, á este propósito, el que pudiendo escapar de una agresion, por medio de la fuga, prefiriese esperar y herir ó matar á su agresor.

Pero avancemos todavía más en los ejemplos.

El hijo, que sin poder huir, y despues de apurados todos los recursos posibles, dentro de las condiciones del respeto filial, se ve acometido de tal modo, y con tal fiereza por su padre, que de cierto ha de morir, si le deja la accion libre, y por salvar su vida, tan inminentemente amenazada, se revela al fin contra él y le acomete y le dá muerte, ¿incurre en la pena que la ley señala al parricida?

No queremos ennegrecer las páginas de este libro con los sangrientos, horribles y repugnantes detalles y pormenores de un hecho de esta naturaleza; pormenores y detalles que estremecen, y que igualmente, y á este mismo propósito, nos trae á la memoria otro proceso.

El crimen es histórico: se cometió en el pueblo de F..... entre dos segadores, padre é hijo, en el mes de Agosto de 1863; pero por sus mismas espantosas circunstancias omitimos describirlo.

Baste esta lijera indicacion, respecto de la cuestion que entraña; cuestion gravísima, que nosotros no nos atrevemos á resolver, y que tampoco resolvió el tribunal que entendió de ella, porque fundado en la falta de prueba, quizás como recurso, absolvió de la instancia al procesado.

Dos palabras nada más por nuestra cuenta acerca de esto.

El parricidio, en nuestra opinion, nunca, jamás puede ser escusable; nunca, jamás tiene disculpa.

Llegada, sin embargo, la ocasion de un hecho semejante —rarísimo sin duda y por fortuna— probado de una manera evidente en todas esas singulares circunstancias, no se podria desconocer que si un hijo debe soportar todos los malos tratamientos de sus padres, y á ello está obligado, en tanto que su vida no se halla en inminentísimo peligro, ni todos los hijos son en este mundo el Isaac, hijo de Abraham, ni la naturaleza consiente con frecuencia tales sacrificios, ni es posible pensar, por otra parte, que los deberes del hombre, por sagrados y santos que sean, pueden sobreponerse dentro de la naturaleza misma, al instinto de la conservacion de la existencia.

Resúmen:

La ley nos concede el derecho de obrar en nuestra propia defensa, legalizando al efecto actos que en otra situacion y en diferentes circunstancias serian hechos punibles; nos permite repeler la fuerza por medio de la fuerza, y nos considera inculpables é inocentes, cuando por defender nuestra vida ó nuestros derechos, ó los derechos ó la vida de nuestros hijos, padres, cónyuges ó hermanos, herimos y aun matamos.

La ley, empero, no deja á nuestro arbitrio y libre voluntad, de una manera absoluta, ese remedio que *en casos supremos* nos otorga; sino que exige, para que haya verdadera inculpabilidad, que cuando el ofendido hiera, sea porque no tenga más remedío que herir para salvarse; que cuando el acometido mata, sea porque no matando está expuesto á morir.

La ley otorga ese remedio extremo al que, desde luego, y en primer término, por todas las circunstancias del suceso, está en el caso de ampararse de ella.

Por eso lo niega expresamente al que provoca ó busca el lance; al que obra por venganza; al que, perseguido por la justicia, se rebela contra los que en nombre de la misma le persiguen: al que, no siendo, en fin, víctima de una agresion verdaderamente ilegítima, de una agresion, por parte del ofensor contra la ley, hiere ó mata abiertamente fuera de ella.

Desde el momento en que, hiriendo ó matando, ha ido más allá de lo pura y extrictamente necesario para defenderse ó salvarse, su accion podrá entenderse más ó ménos atenuada, pero no se le podrá considerar libre y absolutamente irresponsable.

Estudiada y apreciada en la esfera de los principios la exencion de responsabilidad criminal, con relacion á los seis números primeros del art. 8.° del Código, que son ciertamente los más graves, fáltanos hablar de los siete restantes, que representando otro órden de ideas y no entrañando tanta complicacion, se pueden resolver más brevemente.

Si la ley declara inculpable al que, acometido ilegítimamente por otro, se defiende, y en la defensa le hiere ó le dá la muerte, con muchísima más razon ha debido tener en idéntico concepto y eximir de responsabilidad y de pena, así al que para evitar un mal ejecuta un hecho, que produzca daño en la propiedad agena, ó, ejecutando un acto lícito con la debida inteligencia, causa un mal por mero accidente, como al que obra violentado por una fuerza irresistible, ó por miedo insuperable de un mal igual ó mayor, ó en cumplimiento de un deber, ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo, como al que lo hace en virtud de obediencia debida, como al que incurre en alguna omision, hallándose impedido por una causa legítima ó insuperable.

Dicho esto, que viene á ser la síntesis de toda la doctrina comprendida en los siete números últimos del art. 8.° del Código de 1870, igual, con una sola diferencia, que diremos luego, á la contenida en los mismos de el de 1850, nos limitaremos á unas ligeras observaciones, ya porque los siete aparecen por sí bien explicados, ya tambien por la extension tal vez excesiva que hemos venido dando á esta materia.

Desde luego se comprende que la idea ó pensamiento del Código, tanto en los siete como en aquellos seis casos anteriores, definidos en el referido art. 8.°, es una misma, se deriva de idéntico principio y se encamina al mismo fin.

La ley, que en ocasiones determinadas y con indispensables requisitos, pone en nuestras manos la vida de aquel, que con intencion depravada ó siniestra, quiere acometernos, deja de igual modo á nuestra disposicion, aunque condicionalmente tambien, los bienes agenos, si á cambio de algun perjuicio ó daño en ellos podemos evitarnos un mal real, mayor que aquel que en la hacienda agena ha de causarse, y siempre que no tengamos otro medio practicable y ménos perjudicial para lograrlo.

Uno de nuestros más célebres comentaristas entiende que la mayor parte de los casos, en que tiene ó puede tener aplicacion la doctrina del número 7.° del art. 8.° del Código, que es la que acabamos de expresar, lleva en sí cierto carácter público, que tanto los hace depender de la necesidad relativa al indivíduo, como de la necesidad general, en que la sociedad, y la autoridad en su nombre, se hallan igualmente interesadas; de donde resulta, aceptada esa distincion, que es preciso tenerla muy en cuenta, para no confundir las circunstancias especiales de cada

una y para apreciar debidamente la responsabilidad en cada caso, como aquel la determina.

La ley 12, título 15, Partida 7.ª, citando la ocasion en que puede producirse un incendio en la ciudad, villa ó cualesquiera otro lugar, dijo: «que si alguno derribase la casa de su vecino, que tuviese entre aquella que ardiese et la suya, que non cayese por ello en pena ni fuese tenudo de facer enmienda de tal daño como este.»

Y en efecto: los incendios, como observa el citado escritor, y las inundaciones y otras calamidades, con cuyo motivo, para evitar un mal real, se ejecutan hechos que producen daño en la propiedad agena, se hallan, por punto general, subordinados á las órdenes de la autoridad; de tal manera, que desde luego se convierten en desgracias públicas, donde ya el individuo no obra por sí solo.

Si, pues, la autoridad se escede respecto de ellas, ó no cumple, para remediarlas, con las obligaciones de su cargo y lleva á diez el daño que debió limitarse á cinco, podrá acaso incurrir en su responsabilidad especial, pero como tal autoridad, exigible en la forma prevista y determinada por las leyes.

No son estos, por consiguiente, los casos, á que se refiere el Código, sino que son aquellos otros, en que obrando el indivíduo, dentro de su esfera particular, ejecuta actos que constituyen delitos comunes y por los cuales, sin embargo, dadas sus circunstancias especiales, están libres de pena.

Ejemplo:

Pasta una ganadería próxima á un camino: un toro bravo y de malas condiciones, colocado en medio del mismo, acomete á un labrador, que no le ha visto ó no se ha podido salvar de él: un corsario ó cazador, que al propio tiempo aparece por el lado opuesto y observa el peligro de aquel, prepara instantáneamente su escopeta, apunta, y con certera punteria dispara y mata al toro.

¿Quién puede negar aquí que el daño producido con la muerte de la fiera, para evitar un mal real y positivo, cual habria sido la muerte tal vez del labrador, que no tiene comparacion en su intensidad y gravedad con el mal que se produce, y cuando, á parte y excluido el medio puesto en práctica, no habia otro de impedirlo; quién puede negar que el cazador no ha caido en pena, y que no está obligado á responder en modo alguno del suceso?

Podrá entenderse la responsabilidad civil para con el labrador, en cuyo favor ha precavido el corsario la desgracia; pero para con éste ni civil ni criminal.

En la locucion de la circunstancia primera del art. 7.°, igual en el

Código de 1850 que en el de 1870, observamos, sin embargo, una falta de exactitud, que bien y fácilmente pudiera corregirse.

Se ejecuta un daño en propiedad agena para evitar un mal mayor, y la primera condicion, que se exige, es la realidad del mal, que se trata de evitar.

Pues si la realidad de cualquiera cosa es precisamente su existencia misma, física, real y verdadera, en vano ha de ser que se trate de evitar con daño ageno un mal que, física y realmente, segun la frase, existe ya.

Acaso seria más propio de este modo:

1.ª *Realidad del peligro, que se trata de evitar.*

2.ª *Que el mal que pueda producirse sea mayor que el que para evitarlo se produzca.*

En la misma situacion se encuentra «aquel que en ocasion de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, *sin culpa* ni intencion de causarlo», que es como dice el número 8.° del artículo á que nos venimos refiriendo.

Sin la menor culpa, decia el Código de 1850, pero esta diferencia es de cortísima importancia.

Menor ó mayor, si no hubo culpa, la ley ampara al inculpable.

La razon y explicacion de la indicada doctrina, son precisamente las mismas de la *malicia*, *intencion* y *voluntad*, que hemos expuesto, al hablar de los delitos, cuya repeticion, por lo tanto, sería ociosa.

Los hechos puramente casuales, en los que para nada ha intervenido la voluntad del agente, no pueden ser punibles.

El precepto de la ley moderna, concretando, á este propósito, y circunscribiendo á un punto dado el derecho definido en las antiguas leyes, ha determinado en absoluto que el mal causado á otro, sin voluntad ni intencion por parte del causante y por un mero accidente, no significa delito que deba castigarse.

«Esas muy grandes desaventuras que contecen a las vegadas a omes que matan a otros por ocasion, non lo queriendo facer» como dijo la ley 4, tít. 8.° de la 7.ª Partida: «esas ocasiones de que nascen muertes de omes, de que son en culpa et merescen pena por ende aquellos por quien avienen, porque no pusieron tan grant guarda como debieran»,

segun la 5.ª que le sigue, esas dos disposiciones son precisamente los dos polos opuestos, el eje sobre que gira la doble y encontrada base, en que se apoya la fórmula del Código.

Si el acto, de que se trata, siendo lícito, y habiéndose ejecutado con la debida diligencia, produce un mal irremediable; si el que, corriendo un caballo por sitio acostumbrado y permitido, cuyo es el ejemplo que la primera de las dos citadas leyes pone, atropella á un hombre, que inesperadamente atraviesa y, atropellándolo, lo mata, el ginete no caerá en pena por ende.

Pero si esa diligencia falta; si el agente no pone en su accion todo el cuidado que debe; si el que cortando un árbol, cuyo es el ejemplo que pone la segunda, lo hace caer sin las precauciones necesarias, no avisando préviamente á las personas que transitan, con que llega á resultar herida ó muerta alguna de ellas, indudablemente incurre en responsabilidad, puesto que le ha faltado una de las condiciones principales para la exencion.

«..... cá por tales omisiones como estas o por otras semejantes que aviniesen por culpa de aquellos que las ficiesen, deben ser desterrados porque fueron en culpa, non poniendo, ante que acaeciese, aquella guarda que pudieron poner.»

En la aplicacion del Código novísimo, el hecho á que se refiere esta ley, que en lo necesario acabamos de copiar—5.ª, tít. 8.°, Partida 7.ª—desviándose por completo de aquellos otros, puramente casuales, que son la razon filosófica del número 8.° del art. 8.°, que á la sazon examinamos, iria á parar y se hallaria comprendido, con más ó ménos latitud, en el 581, por aquello de constituir un acto prohibido, ejecutado sin malicia, pero con verdadera negligencia.

«Non es derecho que aquel sea penado por el omicidio, que non lo fizo por su grado.»

«Si algun ome mata a ótro non lo viendo ni lo sabiendo.... debe ser quito.»

Estas dos leyes, á su vez, 1.ª y 2.ª, tít. 5.°, lib. 6.° del Fuero Juzgo, en las que parece estar calcado el número 3.° del art. 2.° del Código de Austria, donde no se considera delito el mal, que proviene de un caso fortuito, y á las que igualmente se ajusta el número 4.° del art. 1.° del Brasileño, segun el cual «los que accidentalmente cometen algun crímen en el ejercicio ó práctica de algun acto lícito, ejecutado con la atencion necesaria, no son considerados como criminales», estas dos leyes—decimos—encierran toda la doctrina entre nosotros hoy vigente.

Adviértase, no obstante, que ahora como entonces, en la legislacion pátria como en las legislaciones extranjeras, las desgracias fortuitas no

llevan siempre en sí la irresponsabilidad, sino cuando aquel, de cuya accion lícita proceden, haya puesto en su ejecucion la necesaria diligencia.

De manera, que sin lo lícito del acto, en su orígen—y desde luego dejará de serlo el que suponga, revele ó signifique un objeto ulterior ó un fin vedado—sin el cuidado indispensable, además, para evitar toda contingencia, esta contingencia convertida en daño, quita á la disposicion del art. 8.° del Código, en su número tambien 8.°, y, por consiguiente, á la exencion de responsabilidad, toda su eficacia.

Ineficaz será tambien, y de igual modo, la del número 9.°, si la fuerza irresistible en el agente, que violentado por ella comete algun delito, no lo es de tal manera, que no tenga dentro de las circunstancias del caso y de las condiciones del momento, medio alguno racional para contrarrestarla y dominarla; como ineficaz tambien la del número 10, si el miedo insuperable de un mal igual ó mayor, que terminantemente exige, no reviste igual carácter.

El miedo insuperable y la fuerza irresistible, sin embargo, son hasta cierto punto relativas.

Puede ser miedo casi mortal en uno, el que acaso sea en otro solamente temor vago.

Puede, á su vez, la fuerza ser irresistible, por lo que moral ó materialmente afecte al ánimo, por lo que influya en la conciencia ó por lo que físicamente aflija al cuerpo, y en esos grados de *irresistibilidad*, no en todos los indivíduos á una misma altura, la ley no ha podido fijar reglas comunes, sin que tampoco en los tribunales sea cuestion fácil regularlos y apreciarlos.

El espíritu de la ley, en este punto, es lógico, filosófico y moral: su interpretacion, por lo tanto, ha de buscar y llenar esas mismas condiciones.

Puesto que, segun hemos dicho ántes, la *inteligencia*, la *voluntad* y la *intencion* constituyen la *imputabilidad* de todo delito, de toda accion ú omision, que el Código castiga; menester es, para que esta accion ú omision sea justificable, que la presion, moral ó material, que encierra ó suponga la fuerza ó la violencia, sea tal y que sea tan grande el miedo y tan profundo, que con éste ó con aquella, la inteligencia se oscurezca,

la voluntad se vea obligada á ceder, y ni á la voluntad ni al pensamiento obedezca la intencion.

El miedo más insuperable para el hombre, la fuerza más irresistible son, sin duda alguna, los que nacen del amor á la vida; los que provienen del peligro inminente de perderla.

Ante este peligro, solamente los héroes ó los mártires resisten.

Entendiendo, pues, como debe entenderse, la condicion ó exigencia del precepto legal, no es que éste, para glorificarlos, busque mártires ni héroes; sino que lo que busca es únicamente la razon moral, que puede colocar al hombre en la necesidad de delinquir ó de morir; puesto que en esta cruel alternativa, el natural amor á la vida y la natural repugnancia á la muerte, escusan la necesidad imperiosa del delito.

Los salteadores, en cuyo poder cayó Gil Blas de Santillana, vistiéndole y armándole á su estilo, le obligaron con amenazas de muerte á ejecutar su primer robo, y Gil Blas salió al camino y robó al fraile, de la manera, en la forma y con las circunstancias que su historia cuenta.

Gil Blas de Santillana delinquió; pero lo verificó cediendo á la fuerza irresistible de las amenazas, que le hicieron los bandidos, subyugado por el miedo insuperable de la muerte; oscurecida, como era natural, su inteligencia; encadenada su voluntad á la voluntad de aquellos y sin que su ánimo, ni su deseo, ni su intencion fueran robar.

Así probado ¿se le habria podido imponer pena?

La respuesta no es dudosa.

Aplicable esta doctrina, sin reserva alguna, á los casos del núm. 9.°, surge, no obstante, una dificultad, respecto del múm. 10, en aquello de que el mal, á que obedezca ó responda el miedo insuperable, sea igual ó mayor que aquel que se ejecuta.

O ha de poder resultar un mal igual ó mayor—y esta es la diferencia con el Código de 1850, que indicamos antes—si la voluntad y la mano del agente ceden al miedo insuperable, en el delito, á que este miedo le compele; ó el mal es menor, y en este caso la irresponsabilidad no tiene efecto.

Esta exigencia perentoria, más rígida en el Código de 1850, que en el actual, ya que no exagerada, todavía nos parece algo violenta.

¡Pues qué! ¿No puede ser el que se tema y obligue á delinquir un mal menor, que aquel que por el delito se produzca y, sin embargo, sea el miedo tanto ó más insuperable que si el mal fuera mayor ó fuera igual?

¿Está la exencion en la accion que se ejecuta ó en el miedo?

Porque si está en el miedo—que es lo que la ley expresa—lo primero que ocurre es que ni el espíritu ó valor, en los dos sexos ni en todas las edades, pueden estar sujetos á idéntica medida.

Ni la mujer, por un lado, ni el jóven, por otro, ni los individuos de constitucion nerviosa ni los de enfermiza constitucion, pueden estar, en casos tales, al nivel de los hombres de ánimo esforzado, y toda regulacion comparativa, respecto de este extremo, puede ser ocasionada á dudas, que atendido el pensamiento intrínseco de la ley, ninguna razon tienen de ser.

El Código del Brasil—en su art. 10—designando los que no deben ser considerados como delincuentes, dice en su núm. 3.°: «los que cometan crímenes impulsados por una fuerza ó miedo irresistible».

El Código español de 1822—en su art. 21—estableció, quizás con mayor amplitud, igual doctrina.

«Compréndense en la violencia material—decia—las amenazas y el temor fundado en un mal inminente y tan grave, que baste para intimidar á un hombre prudente y dejarle sin arbitrio para obrar.»

No era, por consiguiente, un mal igual ó mayor el que entonces determinaba, ni creemos que debe ser ahora el que determine la irresponsabilidad, porque cabe muy bien que sea menor el que resulte de la accion forzada del agente, y sin embargo, el miedo que éste experimente ó sienta, por las condiciones físicas ó morales antes indicadas, sea en toda su mayor extension insuperable; con que puede suceder y darse el contrasentido de que la misma ley, que por tal razon quiere salvarle, por esa su no justificada exigencia, bajo el punto de vista comparativo, lo condene.

El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal inminente y grave.

Esta podria ser, en nuestra opinion, la mejor fórmula.

La cuestion de la desobediencia pasiva—como dice Rossi—es una de aquellas, de que más han abusado las pasiones políticas y el espíritu de partido: unos para aflojar todos los vínculos de órden, de subordinacion y de dependencia militar y política: otros para convertir al soldado en una máquina destinada á servir á la tiranía.

¡Triste verdad fué esta en todos tiempos!

Y tanto, por desdicha nuestra, se viene revelando en estos más modernos y tantos y tantos en este nuestro desventuradísimo pais se repiten los ejemplos, que cada período de nuestra sangrienta historia con-

temporánea, nos trae á la memoria muchos de ellos, todos á cual más lamentables y sensibles.

Por esto ha sido seguramente que los núms. 11 y 12 del art. 8.° del Código, que vamos á repasar, hayan ofrecido, antes y despues, no pocas dudas.

No delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal:

11 *El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo.*

12 *El que obra en virtud de obediencia debida.*

No puede negarse que si la voluntad es en primer término el elemento constitutivo de todo delito y la base, á su vez, de toda pena, no siempre la voluntad es libre para obrar por sí, como creemos haber demostrado en los casos anteriores de este artículo, ni debe, por lo mismo, responder de aquello, malo ó bueno, en que no ha tomado parte.

No es solamente la falta ó la ofuscacion de la razon, en cualquiera de los conceptos antes indicados, la que subyuga la voluntad, cohibe el ánimo y hace que obre el hombre de una manera contraria á su conciencia y á sus convicciones; como no obraria de seguro, si se encontrase en el pleno y libre ejercicio de esa misma voluntad sujeta ó cohibida: el deber, el ejercicio legítimo de un derecho, el cumplimiento indispensable de un cargo, la necesaria obediencia, le obligan en muchísimas ocasiones á prescindir de su conciencia de hombre y de su propia voluntad, ejecutando hechos ó actos, que, en otros ó en otras circunstancias, serian justiciables y punibles.

Cuando un general, por ejemplo, al frente de un ejército, sabe de algunos soldados que le son traidores ó son espías del enemigo y los manda fusilar, indudablemente obra en el ejercicio legítimo de un derecho, y esos fusilamientos, *homicidios legales*, como hemos dicho más arriba, sujetos en cualquiera otra ocasion á responsabilidad penal, no solo no constituyen delitos, sino por ese mismo derecho y en virtud de la autoridad y del cargo con que se ordenan, están justificados.

A nadie habrá de ocurrírsele tampoco la idea de que el verdugo delinque, cuando en el desempeño de su oficio y por cumplimiento de mandato superior, en sentencia legítima de pena capital, dá muerte á un hombre en el cadalso.

«El que face alguna cosa por mandado del judgador, á quien ha de obedecer—dijo la ley 13, tít. 33 de la Partida 7.ª—non semeja que lo face a mal entendimiento, porque aquel face el daño que lo manda facer».

Pero como el juzgador, dando sentencia de muerte contra uno, obra, á su vez, en el cumplimiento de su deber, como autoridad judicial y en el desempeño de su cargo, y el verdugo, al ponerla en ejecucion, no hace más que obedecerla, á lo cual está obligado, hé aquí que tanto éste, en su obediencia debida, como aquel, en su fallo, han estado perfectamente dentro de los términos del núm. 11 del art. 8.° del Código, cuya sancion, acaso por innecesaria, no hemos encontrado en las legislaciones extranjeras, que, al efecto, hemos podido examinar.

El mal que á otro se causa, cuando constituye una pena legal, en su sentido propio, lejos de significar un hecho punible, lleva en sí la aprobacion de la conciencia pública, y su imposicion y ejecucion responden á la conveniencia social, que de ambas nace.

Pero hé aquí cómo al hablar del cumplimiento del deber del juzgador, en el ejercicio de su cargo, y del ejecutor de la justicia, en su obediencia, encontramos tan enlazadas estas dos ideas, que no parece sino que casi se halla la segunda subordinada á la primera; resultando que los números 11 y 12 del citado artículo son sustancialmente unos mismos.

La obediencia debida, sin embargo, para entenderla como la ley quiere que sea, ofrece en sus diferentes combinaciones alguna mayor dificultad, acerca de la cual hemos de escribir cuatro palabras.

A los efectos de la irresponsabilidad que el Código le otorga, la obediencia es esencialmente *gerárquica*.

Esto se explica por sí solo.

El superior no está obligado á obedecer al inferior, ni puede darse el caso de obediencia debida y necesaria entre dos personas constituidas en el mismo rango y en igual categoría.

Para que uno esté obligado á obedecer, es indispensable que otro tenga derecho legítimo para mandar.

Dentro, pues, de esta legitimidad del derecho, que impone la obediencia, todavía las condiciones constitutivas de aquel no son iguales.

Esta diferencia se distingue fácilmente.

La obediencia debida puede ser *civil* ó *militar*.

La militar es una, indivisible, inalterable, siempre sujeta y en todas ocasiones al mismo rigor, cuyo objeto, cuyo resultado, en resúmen, vienen á ser la *disciplina*.

La civil lleva y ofrece en sí diversos grados.

Desde las leyes, que, emanadas de los altos poderes de un Estado, obligan, sin distincion, á todos los súbditos del mismo; desde los decretos relativos á clases determinadas de la sociedad, ó que se concretan á ciertos indivíduos, puntos ó lugares, hasta el precepto paterno, que, con

prudente limitacion, obliga al hijo, la escala de la obediencia, en todos esos grados posibles, es casi ilimitada, y, si no ilimitada, indefinible.

La consecuencia lógica de las anteriores indicaciones es, por lo tanto, que la obediencia no constituye un deber absoluto, sino relativo.

Para entrar con más desembarazo en esta cuestion, eliminaremos por completo de ella la obediencia militar, agena seguramente al objeto de la ley, y extraña, en cierto modo, á la materia que estudiamos.

El decreto de 6 de Diciembre de 1868, á otro propósito citado, refundiendo en la jurisdiccion ordinaria todos los fueros especiales, reservó, á los de guerra y marina, en los catorce números de su art. 4.°, título II, el conocimiento de todos aquellos hechos que constituyan delitos puramente militares, como son los de traicion, que tengan por objeto la entrega de una plaza, la seduccion de tropas, espionaje, insulto á centinela y cuantos otros en los mismos se señalan.

En estos casos y en los que se rozan con las Ordenanzas, y en los que bajo cualquier punto de vista se haya de reflejar la disciplina, la ley civil carece de aplicacion y de eficacia, y si á ella, respecto de los demás delitos comunes, se hallan los militares sometidos, solamente la ley militar, á los efectos de la obediencia, tal y como aquí la definimos, es la que rige y regula sus acciones.

A los tribunales de guerra corresponde, por lo tanto, y exclusivamente, la apreciacion de la misma, y su calificacion y el castigo, en su caso, con arreglo á las leyes militares.

Todo, pues, cuanto acerca de ella se escribiera en una obra de índole puramente civil, sería necesariamente inoportuno.

La disciplina de las armas, segun algunos, exige que el soldado no raciocine, que obedezca ciegamente á su jefe, cuando se le haya dado á reconocer en tal concepto; y la obediencia militar, bajo este punto de vista, obediencia *sui generis*, es á la responsabilidad criminal lo que la rueda de una locomotora al vapor, que la impulsa y le imprime el movimiento; lo que la guadaña segadora en la mano del labrador que la maneja: un instrumento ó una máquina.

Por nuestra parte, en estos asuntos militares, nos declaramos de todo punto incompetentes.

Esto no obsta para que recordemos lo que, á este propósito, hubo de escribir, no há mucho tiempo, uno de nuestros más ilustrados generales, con motivo de la guerra civil última:

«Aquellos á quienes la pátria ha entregado las armas—decia—para que la defiendan, y sostengan sus derechos ó intereses, deben, porque así se lo prescriben imperiosamente las leyes del honor, abstenerse de emplear esas mismas armas para fines diversos de aquellos para que les

han sido confiadas. Sería un caso de verdadera alevosía, un crímen de alta y horrible traicion, ponerlas á disposicion de este ó aquel partido, y aun prestar á ninguno de ellos, aunque fuera de un modo ménos directo, un especial concurso.»

«El soldado es soldado de la pátria, pero no es ni debe ser, á no comprometer su honor, genízaro de una parcialidad política, ni ciego agente de sus aspiraciones ó de sus intrigas.»

«No pretendo decir con esto que el deber militar anule la conciencia y suprima el entendimiento del soldado, hasta el punto de no poder formar y tener opinion propia sobre las grandes cuestiones que á la pátria intersen. Esto sería imposible.»

«Pero lo que yo sostengo es, que el militar, sea general, sea soldado, no debe tener para nada en cuenta, al cumplir con sus deberes, la propia opinion, ni siquiera la propia simpatía para este ó aquel partido. La pátria siempre, y solamente la pátria; hé aquí el sentimiento á que debe conformar sus actos; la Ordenanza siempre, y solamente la Ordenanza; hé aquí la ley, que debe tener ante su vista.»

Si nosotros, extraños á la profesion de las armas, pero que no podemos ménos de apreciarla bajo el prisma de la institucion, que representa, hubiéramos de emitir nuestra opinion, la concretaríamos á estos términos: el militar, cualquiera que sea su graduacion, es, como hombre, libre en el pensar, porque lo contrario sería privarle del don más precioso que Dios ha concedido á la criatura racional; pero como soldado, en el cumplimiento de su deber, ha de ser tan esclavo de su conciencia, como su conciencia esclava de la Ordenanza y de la ley.

Pero no discurramos más acerca de esto.

La obediencia en la esfera civil, para que surta los efectos de la irresponsabilidad, es necesario que reuna dos caractéres positivos: autoridad legal en el que manda, y moralidad y justicia en el acto que ha de ejecutarse.

Obediencia debida, ha dicho la ley, y á la verdad que en esta frase está dicho todo ó casi todo.

Deber, es, siempre en el que manda, graduar, como superior, la legitimidad de los actos, que somete á la obediencia de su inferior; y dentro de esa legitimidad, el inferior, á quien no es posible privar, como al soldado, de la suficiente inteligencia para apreciarlos por sí mismo, si el acto es legítimo y se niega á obedecer en él la órden ó mandato de su jefe, comete un acto punible, y queda sujeto al castigo de la ley; pero si obedeciendo, porque á ello está debidamente obligado, resulta de su obediencia algun delito, desde luego es por él irresponsable.

Se trata, por ejemplo, de un director de una oficina pública, que

tiene á sus órdenes varios empleados, sujetos, por consiguiente, á su obediencia, en las funciones ó trabajos que respectivamente les asigna.

Un dia llama reservadamente á aquel de entre los demás, en quien tiene más confianza ó que reune mejores condiciones para el caso, y haciéndole revelacion íntima de ciertos secretos pormenores, le ordena, como jefe, que aproveche la oportunidad, que él mismo le señala, y vaya y extraiga subreticiamente del cajon de la mesa de otro de los empleados del mismo departamento, documentos que allí existen, y que pueden ocasionerle perjuicio ó compromiso.

Si este empleado, obligado á la obediencia de su superior, reconociendo desde luego lo ilícito y prohibido de la accion, que se le manda ejecutar, y comprendiendo que constituye un delito penado por la ley y que no hay en aquel autoridad ni poder legítimo para imponerle tal precepto, por obedecerle, sustrae los documentos, bien seguro es que ante los tribunales de justicia no le salva la obediencia.

Tanto éste, en el concepto de sustractor y ejecutor del hecho, obedeciendo una órden ilegítima, como el otro en el de inductor ó instigador, prevaliéndose de su carácter para imponer un precepto ilícito, los dos quedan sujetos á la penalidad establecida por la ley.

Pero no es esto: es que el superior, dentro del ejercicio de su cargo, manda al inferior que extienda, en tal ó cual forma, un libramiento, trabajo propio de las funciones de su empleo, y le prescribe en él ciertos detalles, que acaso no están en práctica, pero sobre los cuales no es dado al subalterno discutir: es que despues de extendido, el jefe lo recoge y se lo guarda, y algunos dias más tarde, puestas al pié del mismo algunas firmas, que antes no tenia, se lo devuelve para que lo entregue al interesado, que ha de recogerlo; es que cuando éste trata de hacerlo efectivo resulta un documento suplantado ó falso.

La cuestion, en este caso, es ya otra muy distinta.

La obediencia, en todos sus conceptos debida y no reprochable, por lo tanto, abona su irresponsabilidad en el delito.

Un hijo está debidamente obligado á obedecer á su padre, en cuanto el mandato no infrinja los preceptos de la moral ó de la ley.

Si el padre le ordena que mate á uno y obedeciéndole le mata, en vano habrá de alegar la obediencia, para librarse del castigo.

Pero no es esto: es que el padre entrega al hijo un talego lleno de oro y le manda que con él vaya al mercado y compre seis carneros; es que el hijo, conociendo ó desconociendo el orígen de aquel dinero, obedece el mandato de su padre; es que al tiempo de pagar las reses, aparece un hombre, á quien dias antes ha sido hurtado aquel talego, que

desde luego reconoce, con el dinero que contiene, cuyas monedas designe; es, en fin, que el delito se acredita.

Pues claro es tambien que el hijo, obedeciendo al padre, sospechando ó ignorando lo ilícito de su accion, no incurre en pena.

Si desconoce la procedencia del oro, su inocencia es absoluta; si la conoce, es lo cierto que mientras por un lado no puede ser impelido á denunciar á su padre, por otro tiene obligacion de obedecerle, desde el momento en que todas las apariencias del mandato son legítimas y en hacerlo así, ni las consecuencias del acto que ejecuta ni la responsabilidad criminal pueden ser suyas.

Histórico es este segundo ejemplo que hemos puesto, habiendo visto en el proceso, de donde está tomado, la abnegacion y la entereza del hijo, confesándose autor del hurto, que ciertamente ignoraba, y sometiéndose al castigo del Código, por salvar de él á su padre.

Casi próximo á extinguir su condena y por una circunstancia imprevista—la muerte del padre por enfermedad—llegó á descubrirse la verdad.

Conque es decir: que la obediencia, para que sea debida, ha de tener por base principal la ley; ha de llevar en sí, como objeto de su cumplimiento, la legitimidad precisa y no sospechosa del mandato.

Y no ha de perjudicar derecho de tercero, ni ha de suponer infraccion directa ni indirecta de precepto alguno, que la limite ó contradiga, ni ha de recaer sobre puntos de dudosa moralidad ó de injusticia manifiesta.

Si tanto los hijos, respecto de sus padres, como los subordinados en el órden civil, con relacion á sus jefes, deben presumir, por punto general, la legitimidad del mandato, que se les impone, no por eso se les ha de considerar desposeidos y privados del raciocinio, hasta el punto de que su conciencia y su razon se pierdan en la razon de la obediencia.

Sigamos adelante.

Las omisiones penadas por la ley, al igual de las acciones prohibidas, ejecutadas con inteligencia, intencion, malicia y voluntad, son tambien delitos.

Esta es la raiz de toda apreciacion y calificacion, en cualquiera de esos dos conceptos.

Y dice el núm. 13 del art. 8.° del Código de 1870, como decian los anteriores, al señalar ó designar á los que, ejecutando actos vedados, no delinquen y están, por consiguiente, exentos de responsabilidad:

El que incurre en alguna omision, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.

Despues de los doce números anteriores ¿ha sido indispensable que esto se consigne?

Hablando el art. 1.° de las acciones ú omisiones voluntarias, penadas por la ley, en el concepto de delitos y explicando luego el 8.°, con relacion á estos, en sentido absoluto, esto es, bajo el doble aspecto de omisiones ó de acciones, los motivos de excepcion y las circunstancias eximentes, claro es que todo cuanto á las acciones se refiera, ha de alcanzar del propio modo á las omisiones, sujetas por idéntica razon y en lo que puedan aplicarse, á iguales reglas.

Tanta justicia hay seguramente en eximir al demente por la accion ilícita ó penada que ejecuta, como en eximirle por el deber legal que omite.

Tanto cabe producirse un mal real y positivo para evitar un mal mayor, en virtud de una omision punible, como de un hecho material igualmente justiciable.

Y por si el caso puede parecer confuso, pongamos un ejemplo.

Un guarda-aguja, en una línea férrea, tiene el ineludible deber de estar fijo en su puesto, á la llegada del tren, para darle, por medio de la operacion que está á su cargo, el rumbo correspondiente y evitar cualquier siniestro probable en otro caso.

Momentos antes de que se aproxime el tren, adquiere noticia fidedigna, positiva y cierta, de que unos facinerosos han cortado y destruido por completo un puente ó via-ducto, colocado sobre un profundo precipicio; comprende que si los carruajes continúan en aquella direccion, se precipitan sin remedio en el abismo, pero no tiene medio alguno de hacer saber el inminente peligro al maquinista.

¿Qué hacer pues? En todo hay riesgo y riesgo grave.

Si no cambia la aguja, si omite la operacion, á que está obligado por su cargo, puede ocurrir un descarrilamiento, un choque acaso; pero apreciadas las consecuencias probables, seguramente han de ser más desastrosas, si el tren se precipita al fondo del abismo, que si descarrila ó choca.

En tan angustiosa alternativa, prescinde del cumplimiento de su deber, y esta omision, en otro caso normal, penada por la ley, constituye un mal real, pero menor tal vez que el que ha evitado y que no ha podido evitar de otra manera.

La irresponsabilidad del guarda-aguja es evidente.

Y es claro, y es notorio, al propio tiempo, que en igual caso están las omisiones, en otras diferentes circunstancias justiciables, cuando reconocen por motivo legal una fuerza irresistible ó la legítima obligacion de la obediencia.

Luego el núm. 13 del art. 8.°, dice, en sustancia, lo que en la parte respectivamente aplicable han dicho los otros doce números, esto es, que está exento de responsabilidad el que incurre en alguna omision, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.

Causas legítimas é insuperables: la obediencia debida, el miedo, la fuerza irresistible, la falta de razon, la necesidad de evitar un mal real, y cuantas otras por analogía, segun el buen sentido, se pueden considerar dentro de esas mismas condiciones.

Ocurre, sin embargo, que siendo el núm. 13 el último de todos, en el art. 8.°, y concretándose á las omisiones, parece como que no ha llevado en cuenta las circunstancias eximentes, que á los delitos se refieren, porque, de no ser así, esa prescripcion tan genérica como exclusiva, ni tendria razon de ser ni tendria objeto.

Y ello es, que en medio de todo, y á pesar de todo, en los casos de fuerza insuperable y demás circunstancias, de que se acaba de hacer mérito, así los autores de omisiones como los de acciones punibles, son irresponsables.

Venimos, pues, á terminar, por medio de estas conclusiones, con que el citado núm. 13 es casi casi innecesario; pero que ya está escrito, y por si con él puede excusarse alguna duda, sin hacer falta, no estorba.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

En todas las acciones ú omisiones voluntarias penadas por la ley, las circunstancias que las preceden y acompañan, por más que se refieran á delitos de igual naturaleza, son siempre distintas.

Genéricamente considerados, todos los robos son robos, todos los homicidios, homicidios.

En el lenguaje vulgar, como en el lenguaje jurídico, ladron se llama á aquel que roba; homicida á aquel que mata á otro, y sin embargo, no todos los homicidas ni todos los ladrones son de iguales condiciones, ni todos los robos y homicidios se cometen de un mismo modo ni suponen iguales caractéres.

Si fuera posible examinar y comparar entre sí un número indeterminado de procesos, seguidos y fallados en los tribunales de justicia por esos delitos, que señalamos como ejemplo, de seguro vendria á resultar que, con haber llevado todos en sí, cada uno dentro de su esfera propia, un mismo objeto, cada ladron, con diferencias más ó ménos exenciales, habia robado á su manera; cada homicida se habia valido para herir de una ocasion ó de un medio diferente.

Esto fué siempre de todos los hombres y de todas las edades.

Desde aquella en que el envidioso Cain, convidando á su hermano Abel para que saliera con él á pasearse, y luego que ambos estuvieron donde nadie los veia, le quitó la vida con la más negra traicion, valiéndose de un hueso de animal muerto que halló á mano; desde el homicidio ejecutado por Moisés en la persona de aquel egipcio, que maltrataba á un hebreo, enterrando luego en la arena su cadáver; desde el robo de los tesoros de Roboan y de los escudos de oro y arneses que habia hecho Salamon, verificado por Sesac, hasta los homicidios y los robos, que en nuestros más modernos procesos, y en los procesos extranjeros, se registran; el de Tropman, el de Mano, cartero de las Landes, el de Jausion, Colart y la Bancal, asesinos del procurador general Fualdés, madame Lafarge y la marquesa de Brinoillers, en Francia; el de Francesco y Beatrice Cenci, en Italia; el de Karl Ludwig Sand, en Alemania; los de Roque Quinteiro, Candelas, los Marinas, el jardinero del duque de Me-

dinaceli, el ayuda de cámara del conde de Via-Manuel y doña Isabel Dominguez, en España, á cual más horribles y sangrientos, todos, en sus pormenores, y en sus accidentes, y en sus ocasiones y detalles, aun confrontando entre sí, por la analogía íntima de su respectiva naturaleza, todos y cada uno se nos ofrecen, en muy diversa forma, marcando más ó ménos grados en el termómetro de su gravedad, segun la inmoralidad ó perversidad que representan, y dando constante motivo á los tribunales de justicia para diversas apreciaciones y muy distintas penas.

¿Quién desconoce la diferencia y la distancia que existen entre el que mata á un extraño ó á su padre; entre el que hiere y mata en riña ó en un momento de arrebato, y el que acecha friamente la oportunidad, y hiere, y mata por la espalda y de un modo seguro?

¿Cómo no ha de haber mayor responsabilidad para aquel, que roba amenazando y maltratando, que para aquel que verifica el robo, sin ofender al robado en su persona?

La ley ha tenido que establecer estas diferencias, y las ha establecido del modo y en la forma, que ha podido creer más convenientes.

Tan de atrás parte y viene esta doctrina, cuanto que siendo la suya una razon eminentemente natural, la naturaza misma de los hechos determina en el hombre la apreciacion de la gravedad respectiva y de la responsabilidad, que entrañan y revelan.

Hay crímenes cuya relacion se oye con lástima, con misericordia y con piedad: hay otros, que hacen subir de espanto la sangre á la cabeza, que extremecen, que sublevan el ánimo, que indignan y horrorizan.

Esto depende cabalmente de las circunstancias, de que los unos y los otros están acompañados.

Estas circunstancias son las que la ley ha procurado llevar á sus páginas escritas, no ajustándolas en particular á cada eventualidad ó á los casos posibles de cada delito conocido, en cuya designacion, si más trabajosa y difícil, habria habido mayor seguridad; sino planteándolas bajo un criterio general, aplicable á todos ellos, y como por vía de reglas comunes, á las cuales, con ménos indecision, que cuando no existian, se puedan ajustar los tribunales.

Ya el Dijesto, ley 16, título 19, libro 48, entró con alguna más precision en estas distinciones, señalando siete puntos, términos ó bases, como medida para la regulacion de todo crímen, á saber: la causa que lo produjo, la persona que hubo de cometerlo, el lugar y el tiempo de su ejecucion, su cualidad, su cantidad y su ocasion.

Y ajustándose á las costumbres de la época, la ley 8.ª, título 31 de la Partida 7.ª, encargó tambien sobre este punto que los juzgadores *catasen* ó tuviesen muy en cuenta *cuál era la persona contra quien daban*

juicio de escarmiento, á fin de que este fuese mayor en el siervo que en el hombre libre, y mayor en el jóven que en el viejo, menguando, sin embargo, la pena de aquel, que no hubiese cumplido diez y siete años.

Y mayor en el que erró contra su señor, ó contra su padre, ó su amigo, que en aquel, que erró contra un extraño.

Y mayor *en aquel que fizo el yerro de noche, que non en el que lo fizo de dia*, y en el que erró en la iglesia, ó en la casa del rey, ó en la de algun amigo que de él se habia fiado, que en cualquiera otro lugar; con algunas indicaciones más de análogo concepto, y dentro de ese mismo espíritu comparativo, las cuales, más ó ménos ámpliamente modificadas, segun los adelantos de la ciencia y de los tiempos, vienen á constituir sustancialmente las circunstancias atenuantes y agravantes, que nuestros modernos Códigos señalan.

Para mejor graduar la intensidad de todo delito, hasta dónde llega su alcance, y cuál sea la fuerza de sus consecuencias, es menester ante todo buscar la relacion, que existe entre el mal que produce y el deber que infringe.

Este deber parte siempre de un principio, cual es el que nace del derecho consignado en la ley, amparado por ella y que á nadie es permitido quebrantar; derecho recíproco entre todos los hombres constituidos en sociedad, y mútuamente obligados á su cumplimiento, en beneficio comun de todos ellos.

El deber, que es el precepto, enlazado con su infraccion, que es el delito, constituye los dos principales elementos, en que la ley penal se funda, para apreciar los grados de inmoralidad relativa, subordinando á ella la regulacion del daño causado por el segundo, y el desagravio y la compensacion, que como base de la justicia distributiva, emanan del primero.

Por más que el mal material producido por el delito, tanto en el órden social, como en el moral, sea siempre inalterable, es imposible desconocer cuanto en sus consecuencias y en sus resultados puede ser diverso y variable.

Un robo considerado dentro de la abstraccion absoluta de la palabra que lo indica, siempre y en toda ocasion y en todas sus condiciones es un robo.

Un robo, sin embargo, puede cometerse de noche ó de dia; con armas ó sin ellas, en poblado ó en despoblado, con violencia, intimidacion ó mutilacion causada de propósito, ó sin tales circunstancias y esta suma de inmoralidad y de perjuicio relativo, que unas veces se eleva más, y otras desciende, viene á determinar su gravedad, por la variedad misma de los casos, que cada hecho representa.

Claro es—y esto no necesita demostrarse—que un robo sin circunstancias de agravacion á un particular, en su casa ó en la calle, inmoral de suyo, odioso y repugnante, no lleva en sí ofensa tan grande á la sociedad, ni ataca tan abiertamente al órden público, como aquel otro que se comete á mano armada, por una cuadrilla de salteadores, en la mitad de un pueblo ó en medio de un camino.

La ley, pues, ocurriendo á su represion en estas ocasiones de mayor gravedad, por medio de castigos especiales y concretos, no ha podido abarcar en ellos toda la variedad posible de delitos, segun los que en su catálogo general define, y de cada uno de ellos, en sus escalas respectivas, se desprende, y ha establecido reglas generales, dejándolas, para su mejor apreciacion, al recto juicio y al prudente arbitrio de los tribunales de justicia.

El homicidio, por ejemplo, con sus caractéres especiales, que nunca y en ninguna ocasion pueden significar más que *la muerte del hombre por el hombre,* esto es, la privacion del bien de la existencia de un indivíduo, por medio de un acto violento, que otro ejecuta en su persona, se eleva, en la escala de la inmoralidad, de lo prohibido, de lo repugnante y de lo injusto, y marca en ella mayor número de grados, cuando el matador es el hijo y la víctima su padre; cuando el homicida es el marido y su mujer la que sucumbe.

Estos crímenes cualificados, que se ofrecen desde luego á nuestra razon, á nuestra conciencia y á nuestra sensibilidad moral, como los hechos más horribles, que la aberracion del entendimiento humano puede concebir y la mano del hombre malvado ejecutar, así como todos aquellos otros de otra especie, determinados en el cuadro general, con sus caractéres especiales, han sido expresa y concretamente definidos y castigados por el Código.

Pero como éste no puede aplicar tambien expresamente y en concreto á todas sus sanciones penales esa múltiple variacion de síntomas, que en todos y en cada uno de ellos, segun su forma, predominan; de aquí la necesidad de las circunstancias genéricas, explicadas en absoluto, que en cada caso particular pueden y deben apreciarse, y de las cuales depende la verdadera estimacion del daño causado y de la compensacion ó indemnizacion debida.

Cierto es que la graduacion del bien y del mal—sobre la cual no todos los moralistas opinan de igual modo—no siempre es segura, porque no siempre el mal y el bien están al verdadero alcance de la conciencia humana, que puede no distinguirlos más de una vez con la suficiente exactitud; pero la ley ha ido en esto hasta donde ha podido ir; ha fijado reglas, en todos conceptos y en todas ocasiones atendibles, y si cien ve-

ces en su apreciacion y aplicacion acierta, aunque en una, ó en cuatro, ó en siete se equivoque, su mision de rectitud, de equidad y de justicia queda de todo punto satisfecha.

La ley humana, como obra de los hombres, y hombres, por desgracia, en más de una ocasion presuntuosos y soberbios, no puede ser perfecta ni infalible; pero más llevará en su amparo la justicia, hija del cielo, mientras más se aproxima á la verdadera imparcialidad y á la necesaria igualdad, que deben ser siempre su norte.

Bajo este punto de vista, nos ofrece el Código de 1870 las circunstancias atenuantes y agravantes de sus arts. 9.° y 10.°, no en todo conformes con las definidas y explicadas en iguales artículos de los Códigos de 1848 y 1850, segun iremos observando, con la detencion que estimemos oportuna.

Son circunstancias atenuantes:

Las expresadas en el capítulo anterior —artículo 8.°— *cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*

En esta, que es la primera del art. 9.°, han estado conformes los tres Códigos, puesto que la variacion de tiempo, que respecto del verbo *concurrir* se observa entre el primero y los dos últimos—cuestion lengüística y de gusto gramatical únicamente—no tiene importancia.

Una observacion nos ocurre en primer término.

Está exento de responsabilidad criminal el demente, á no ser que haya obrado en un intervalo de razon; el menor de nueve años, en absoluto, y el menor de quince, que ejecuta el hecho punible sin discernimiento.

Pues hé aquí que el loco delinque en ese intervalo de razon previsto por la ley: su responsabilidad es íntegra; la circunstancia primera del artículo 9.° le es de todo punto inaplicable.

Pues se trata de un menor de nueve años, cuya edad se acredita por medio de su partida de bautismo, ¿en qué concepto se ha de apreciar para con él la expresada circunstancia?

En ninguno.

Pues no es que tiene nueve, sino que los ha cumplido, sin haber llegado á quince, resultando, por declaracion expresa del tribunal, que obró con discernimiento.

En este caso, una de dos: ó se tiene en cuenta la expresada circunstancia, como exclusivamente atenuante, y entonces carece de aplicacion el art. 86, en su núm. 1.°, segun el cual, al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad, por haber obrado con discernimiento, *se le debe imponer una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados* á la señalada por la ley al delito, que hubiere cometido, ó se toma en consideracion este art. 86, en su número 1.°, que es lo más recto y acertado, y en este caso la circunstancia primera del art. 9.° para con él no tiene objeto, porque ninguna pena discrecional, en el mero hecho de serlo por la ley, está sujeta á la graduacion, que han de imprimirle los accidentes ó detalles del delito.

Luego la primera regla general del art. 9.° comienza con la exclusion de los núm. 1.°, 2.° y 3.° del art. 8.°, á los cuales, así como á los demás, se refiere expresamente.

Todavía dos palabras más acerca de este extremo.

La agresion ilegítima, condicion en la defensa propia ó agena, para la exencion de responsabilidad, en los términos que expresan los números 4.°, 5.° y 6.° de aquel último artículo, envuelve implícitamente todo eso de la inmediata provocacion ó amenaza adecuada de parte del ofendido, y lo de vindicacion próxima de una ofensa grave al autor del delito, á su cónyuge, ascendientes, descendientes ó hermanos, y todo eso tambien de los estímulos tan poderosos que naturalmente produzcan arrebato y obcecacion; de tal modo, que estas circunstancias son tan idénticas á las eximentes, parcialmente, no en toda su extension, consideradas—lo mismo la cuarta que quinta y sétima del art. 9.°—que se hallan embebidas, como motivo de atenuacion, en la primera.

Sea de esto lo que quiera, puesto que en las leyes la mejor explicacion es la más clara, dejando á un lado tanto esas repeticiones, que pueden tal vez no ser ociosas, como la contradicion respecto del menor de quince años, que hemós indicado y que ampliaremos, cuando hablemos del menor de diez y ocho, vengamos á la expresada circunstancia, tal como se halla y en el lugar que la encontramos.

Su inteligencia no es difícil.

Esto no obstante, cuando la calificacion de un delito depende constantemente de las circunstancias, que preceden ó acompañan al acto de su ejecucion; cuando siempre, ó casi siempre, tales circunstancias son las que deciden, en una sentencia judicial, si aquel que mató á otro lo

hizo en defensa de su vida injustamente atacada, ó lo mató ó asesinó por ódio ó por venganza; cuando la mejor y más acertada apreciacion de las mismas, tanto debe influir en la suerte y en el porvenir de un acusado, la dificultad consiste en hallar la atenuacion, allí donde la ley ha querido realmente establecerla y en ajustarla extrictamente al precepto de la misma.

Rechazamos, en esas nuestras anteriores frases, la práctica abusiva, que, bajo el amparo ó salvaguardia de la palabra *equidad*, se invoca en casos dados por los tribunales de justicia.

No: para los juzgadores no hay, no debe haber más norma que la ley, y donde la ley habla, aun cuando *in omnibus æquitas maxime spectanda est*, la equidad no puede servir de excusa, no puede alegarse, no puede tenerse en cuenta, para imprimir á un dato de importancia relativa, más ó ménos graduada en un proceso, la suavidad ó el rigor que la ley no le concede.

Si la equidad se invocase discrecionalmente, y las circunstancias de un hecho cualquiera se apreciasen por ella, fuera de las condiciones reales y esenciales de la ley, vendria á ser fuente de abusos.

El Código penal, que en las circunstancias eximentes previó, y no pudo ménos de prever, todas las razones en pró y en contra de las mismas, con relacion á su resultado práctico, comprendió de igual modo que si bien cuando aquellas no concurren, en toda su plenitud, para que deba declararse que el autor de un hecho prohibido, por no haber delinquido, no cae en pena, pueden todavía, y sin embargo, ser bastantes para aminorar su responsabilidad, no ha querido dejarlas pasar desapercibidas, bajo este punto de vista, y así lo ha consignado.

Por lo demás, dentro del texto de la misma, con relacion á las circunstancias compuestas de dos ó más requisitos, desde el momento en que alguno de estos falta, y otro ú otros quedan, la consecuencia legal es que á la vez que desaparece el motivo de la exencion, se presenta el de la atenuacion, sin que sea posible establecer reglas fijas para graduarla; puesto que, tratándose de modificaciones accidentales del delito, por el tiempo, lugar, modo y forma de su ejecucion, ellas en cada caso han de revelar y decidir de su importancia y trascendencia.

Lo que sí es indispensable, de lo que no pueden prescindir los tribunales, para apreciar su verdadero mérito, en perfecta combinacion con la naturaleza de la ley y con el fin que se propone, es que toda circunstancia, aumente ó disminuya la responsabilidad del acusado, quede demostrada en todo proceso, con la misma fuerza, con la misma eficacia, con la misma plenitud que el hecho principal, constitutivo del delito.

En otro caso, juzgando por presunciones ó apariencias, y sin esa base

cierta de la prueba, la graduacion de la pena, en su relacion con la culpabilidad, sería imperfecta.

Anunciada la reforma del Código de 1850 y venida que fué en el de 1870, uno de los primeros puntos, en que fijamos nuestra observacion, fué el relativo al núm. 2.° del art. 9.°, á que nos venimos refiriendo.

Son circunstancias atenuantes:

. . . .

La de ser el culpable menor de diez y ocho años.

Confesamos ingénuamente que seguimos sin poder darnos cuenta de ella, que no la comprendemos y que, por lo mismo, no acertamos á explicarla.

Definida de igual modo, en igual número y en igual artículo de los Códigos de 1848 y 1850, observamos oportunamente—y esta observacion fué entonces casi general—cómo los señores Alvarez y Vizmanos y el señor Pacheco, sus tan ilustrados comentaristas, la pasaron por alto, sin haber parado mientes en esa especie de antimonia, ya ántes indicada, al hablar del menor de quince años, que viene á resultar de la comparacion y aplicacion de la misma, con la letra y con el espíritu del artículo 72—86 en el vigente—párrafo segundo.

Discurramos.

En el distrito de la Inclusa de esta capital, Antonio Perez, que no ha cumplido diez y ocho años, tiene una riña con Bruno Rodriguez, de su misma edad próximamente, saca una navaja, le hiere en el corazon, á consecuencia de lo cual fallece.

Un dia ó dos despues, en el distrito de Buenavista, Gaspar Diaz, menor de diez y ocho años tambien, riñe con Andrés Martinez y en iguales condiciones comete otro homicidio.

Procesados ámbos por los juzgados respectivos, se hace constar que ni en uno ni en otro delito han concurrido circunstancias apreciables, debiendo estimarse únicamente la que se refiere á la edad, en los dos acreditada.

Pues bien: el juez del distrito de la Inclusa falla y dice:

«Considerando que Antonio Perez es reo autor plenamente convicto

del homicidio ejecutado en la persona de Bruno Rodriguez, y que si bien no concurrieron en su ejecucion circunstancias apreciables genéricas, tiene á su favor la de ser menor de diez y ocho, por la cual se halla comprendido en el núm. 2.° del art. 86 del Código reformado, debiendo en su consecuencia rebajarse la pena al grado inmediato inferior á la señalada al delito por la ley é imponerse en aquel que le corresponda.

»Vistos los arts. 419 y 86, en sus segundos párrafos, le condeno en ocho años y cuatro meses de prision.»

Terminado á su vez el otro proceso, el juez de Buenavista falla en esta forma:

«Considerando que Gaspar Diaz se halla convicto y confeso del delito de homicidio en la persona de Andrés Martinez, sin que hayan concurrido en su ejecucion circunstancias agravantes, pero debiendo estimarse la atenuante de ser el culpable menor de diez y ocho años, que es la comprendida en el núm. 2.° del art. 9.° del Código: por cuanto en él se determina, y segun lo dispuesto en el 419 y regla 2.ª del 82, le condeno en doce años y un dia de reclusion.»

¿Puede darse mayor contradicion entre dos disposiciones de una ley?

Pero ocurramos por nosotros mismos á la solucion conciliatoria entre ámbas cláusulas, con que acaso quieran sus autores contestar á nuestra observacion, y ocurramos á ella, para en seguida, de igual modo y con igual firmèza combatirla.

Falla un tercer juez, ó el tribunal de apelacion, y dice:

«Considerando que la edad mayor de quince años y menor de diez y ocho constituye dos circunstancias, ámbas de atenuacion; la primera que surte el efecto de aplicar al culpable, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, y la segunda, que produce el de todas aquellas otras de su clase, es decir, la de rebajarla al grado mínimo, ó lo que es lo mismo, la de atenuar genéricamente lo ya especialmente atenuado, condeno al culpable en seis años y dos meses de prision.»

La ley no ha podido discurrir de esta manera.

O sobra la atenuacion especial, ó de ser ésta la aceptable, la atenuacion genérica es ociosa.

Una misma ley, sobre un punto concreto, no puede producir efectos, que difieran entre sí, ni, para llegar á un mismo fin, ha de buscar dos caminos diferentes.

Cuando el art. 86 del Código dice que se aplicará siempre al menor de diez y ocho años, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley para el delito, es que quiere que en este particular de la edad no haya más atenuacion que la rebaja; es que,

segun el mismo, no tiene aplicacion en forma alguna la circunstancia segunda del artículo noveno.

¿Ni cómo de otro modo? En lo más va envuelto lo ménos.

Aceptando la doctrina contraria, tendríamos necesidad de aceptar en todo otro caso, aun en sentido inverso, la que de la misma se desprende.

Todo homicidio supone lesion prévia.

Pues al autor de un homicidio se le habria de castigar entonces como autor de la muerte en primer término, y despues como autor de la lesion, que la produjo.

Esto se explica y se comenta por sí solo.

«Se aplicará *siempre* al menor de diez y ocho años la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, *en el grado que le corresponda.*»

Muy sencillo.

La atenuacion especial para el menor de diez y ocho años es *siempre* la rebaja de la pena al grado inmediato inferior; pero sin que por esto haya de venir luego esa misma edad á producir un doble efecto atenuante.

Pues bien: dentro de *ese siempre* de esa pena inferior, se impondrá en el grado que corresponda, lo cual es más sencillo todavía.

Obra el culpable, por ejemplo, en vindicacion próxima de ofensa grave, sin circunstancia alguna agravante, *el grado mínimo*; tiene contra sí la agravante de ser vago, sin alguna atenuante, *el grado máximo*; no existen ésta ni aquella, ni ninguna otra, aparte la edad, que en los menores de diez y ocho años es *sui genéris*, *el grado medio*.

Tan clara nos parece esta interpretacion, cuanto que de no ser tal y como nosotros la exponemos, la ley no habria dicho eso de que se aplicará *siempre la pena inferior en el grado que corresponda;* esto es, en el que determinen las demás circunstancias genéricas, como se acaba de expresar; sino que de haber querido que todavía se apreciase la segunda, al igual de las demás atenuantes genéricas, hubiéralo podido explicar mejor dentro del mismo art. 86, excusando los términos generales de la segunda del 9.°, y expresando desde luego que la inmediata inferior se impusiese en su grado mínimo, con que el concepto habria sido ménos ocasionado á duda y más perfecto.

Y cuenta que estas indicaciones no nos las sugiere únicamente el estudio comparativo de esas dos disposiciones, sino que nos las ha enseñado la práctica y las hemos oido discutir en tribunales y combatir á jurisconsultos entendidos.

Y es por demás extraño que cuando tanto lo son algunos de los que en la redaccion del Código moderno intervinieron; cuando este defecto, originario de los Códigos de 1848 y 1850, respecto del cual, como hemos

indicado antes, sus sábios comentadores nada han dicho, pero que como tal se ha señalado despues en todas partes y ha sido objeto de discusion, más ó ménos ámplia, es extraño—decimos—que no haya alcanzado á él la última reforma.

Estimamos, pues, y con entera conviccion creemos y sostenemos, que la circunstancia atenuante, segunda del art. 9.º, si algun resultado ofrece es, en los casos de su referencia, el de la contradicion, el de la incertidumbre, el de la duda, y que si en la próxima reforma se suprimiera, estaria bien suprimida.

Nada más difícil que penetrar en la intencion del hombre.

Más que difícil, imposible.

La intencion, que es la voluntad, pertenece al alma; el alma, con todos sus misterios, de donde nace la voluntad, pertenece á Dios.

Dios solamente puede comprenderla.

Si fuera posible que la inteligencia divina descendiera en lenguas de fuego, como descendió sobre la frente de los apóstoles, ó por suprema intuicion sobre la justicia humana, cuando, al amparo de sus leyes penales, decide de la intencion y de la voluntad de las acciones de los hombres, sus fallos llevarian siempre el sello de la más severa imparcialidad y del más cumplido acierto.

La voluntad y la intencion, como hemos dicho, al hablar de los delitos, son el todo en ellos.

Pero la verdadera intencion, la voluntad real, que en su ejecucion guia á los culpables, ó no siempre se revela, ó, con un fin contrario á la justicia, se oculta ó se disfraza.

La virtud aparente es muchas veces, por desgracia, máscara del crimen.

Con careta de patriotismo, con antifaz de religion, se cometen en el mundo los delitos más horrendos.

Semejantes los hombres á las fieras, olvidando locamente que todos son hermanos, se embisten los unos á los otros y con una perversidad inconcebible, mucho menos en cristianos, se hieren, se despedazan y devoran.

Si nos fuera dado alcanzar la intencion de cada uno; si pudiéramos penetrar en el misterioso fin, que lleva cada cual dentro de su alma, probablemente en lugar de los sentimientos inspirados por el verdadero

patriotismo y por la religion santa, que invocan, no encontraríamos más que sentimientos de ambicion, de soberbia, de ódio y de venganza.

La hipocresía fué en todos tiempos, y sigue y seguirá siendo, el tupido tafetan, bajo el cual se ocultan las más deshonrosas y vituperables intenciones.

No ha sido uno solo el caso de criminales sin piedad, cuyos actos han revestido los caractéres más abominables, que se han presentado ante la justicia con la humilde apariencia de inocentes víctimas, que, ó no cometieron el delito, segun sus demostraciones y protestas, ó lo cometieron sin intencion ó sin comprender la inmoralidad de la accion que ejecutaron.

Pudiéramos citar algun ejemplo, no muy lejano por cierto, en que la opinion pública, de todo punto extraviada, como en muchas ocasiones acontece; tratándose de una mujer, que habia cometido un espantoso asesinato con la más fria premeditacion, con las circunstancias más desgarradoras, más repugnantes y sangrientas, porque ya en prision constituida, se hizo cortar el cabello, y vistió tosco sayal y se ciñó á la cintura una correa y se puso un escudo de la vírgen sobre el pecho y reveló—místicamente extasiada—apariciones de ángeles y santos; la opinion pública extraviada se empeñó en canonizarla.

Y luego, cuando el verdugo puso en el cadalso fin á su existencia, porque esta fué la justicia que exigió su horrendo crímen, hasta quiso colocar en sus manos la palma del martirio.

¡Oh! Si pudiera ir á los procesos la verdadera intencion de los procesados, en los actos que á ellos dan orígen; si así como los tribunales, examinando el cadáver del hombre asesinado y sondando sus heridas, pueden llevar su inteligencia y apreciacion á los actos exteriores, que dieron forma al crímen, pudieran penetrar en los arcanos del alma del culpable y sondar su intencion y conocer el instinto, que hubo de guiarle, la verdad de la justicia humana seria casi infalible.

Pero volvemos á decir—aunque por sabido podríamos omitirlo—que esto es imposible.

De aquí, pues—reconociendo desde luego el buen espíritu que en ello guió al legislador—de aquí la ineficacia, por punto general, del número 3.° del art. 9.° del Código de 1870, que al continuar explicando las circunstancias atenuantes, dice de este modo:

La de no haber tenido el delincuente intencion de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

Esto mismo escribieron tambien los de 1848 y 1850, con una pequeña diferencia.

..... *un mal de tanta gravedad*, dice el primero.
..... *todo el mal què produjo*, dijeron los segundos.

Tanto en esta como en aquella fórmula existe una comparacion relativa, que ni se define ni se explica.

En lo absoluto del mal, que se produce, entra necesariamente el tanto de su gravedad, con referencia al mal que se quiso producir; pero tan variable, tan vago, tan indefinido en un caso como en otro, por más que en ambos se comprenda desde luego el pensamiento.

Esa vaguedad no está, sin embargo, en el precepto, que es altamente filosófico y moral, sino en la aplicacion del mismo, que es harto difícil.

La naturaleza del crímen, cuando el crímen ha llegado á existir, cualquiera que sea su resultado, como observamos al tratar del art. 1.°, en su párrafo 3.°, determina ineludiblemente su castigo.

Lo que hay es que cuando este resultado se aparta ó se desvia de la intencion del agente, el crímen puede convertirse en otro, más ó ménos grave, bien que distinto de aquel que él mismo se propuso.

¿Pero dónde han de buscar ó encontrar los tribunales los grados de intencion, para juzgar por ellos con acierto, si en la escala de la inteligencia, si en la esfera de la malicia, si en el misterio de la voluntad, se elevan hasta la plenitud de lo punible ó descienden hasta el nivel de la inculpabilidad ó la inocencia?

Los signos exteriores son falibles; los actos ó sentimientos internos son impenetrables; la aplicacion práctica, por lo tanto, de la prescripcion de la ley, al determinar, como circunstancia atenuante, la falta de intencion, es peligrosa.

No debe, sin embargo, este peligro ser razon de mayor severidad, siempre y cuando esa falta de intencion pueda demostrarse.

En cierta clase de delitos, tal demostracion, si se intentara, quedaria destruida por sí misma.

En vano querrá un ladron, que penetró con escalamiento, ó haciendo uso de ganzúas, en casa agena y se llevó cuanto halló á mano y le fué á cuento, protestar y alegar, como circunstancia de atenuacion, que no tuvo intencion de robar todo aquello que fué objeto del robo: en vano tratará de justificar un homicida que no tuvo intencion de matar, cuando á cuatro ó seis pasos de distancia, y detrás de una esquina resguardado, disparó contra su víctima escopeta ó trabuco cargado de gruesos proyectiles.

Mal querrá sostener que no tuvo intencion de dar muerte á un reciennacido la mujer que, apenas dado á luz, lo arrojó á un pozo; mal, á

su vez, habrá de sostener que no quiso herir á su contrario, el que, iracundo y sediento de sangre, le acometió puñal en mano.

En otros delitos, sin destruirse á sí propia, y con no dejar de ser difícil la demostracion de falta de intencion, ofrece más atendibles caractéres.

Uno mata á otro de una pedrada ó de un golpe de palo.

Claro es que, si bien un palo ó una piedra son instrumentos bastantes para producir la muerte, segun la parte del cuerpo que hieran y la fuerza impulsiva con que á ella se dirijan, por lo comun, y en los casos generales, no tienen tanto alcance.

Si, pues, el que con piedra ó palo mata, y luego alega en su defensa que su intencion no fué matar, y apreciados los antecedentes del hecho, sobre los cuales es menester fijar siempre y muy detenidamente la atencion, estos abonan su disculpa, necesario es darle crédito.

Queremos decir con esto y en resúmen, y por conclusion decimos, que la circunstancia atenuante de no haber tenido el delincuente intencion de causar *todo el mal que produjo* ó *un mal de tanta gravedad*,—que allá se van las frases—envuelve un pensamiento justísimo, del cual la ley no ha podido prescindir; que cuando hay algun indicio, más ó ménos concreto, ó alguna razon lógica para suponerla y presumirla, es menester proceder á su exclarecimiento, para llegar, respecto de su verdad, hasta donde sea posible; que esta posibilidad es negativa, cuando se trata de penetrar en los secretos y en la voluntad oculta y en la verdadera intencion del hombre, con relacion al objeto ó fin, que ha podido moverle á delinquir, porque los signos exteriores muchas veces son falibles; y por último, que deben poner los tribunales mucho cuidado y grande esmero en esta parte, y obrar con prudencia, y toda la mesura indispensable, para no dejarse guiar por las apariencias; pues por más que en casos dados la circunstancia tercera del art. 9.° pueda contribuir á la mayor rectitud é imparcialidad de una sentencia, apreciada fuera de sus verdaderas indispensables condiciones, pudiera dar de sí la impunidad, si no en toda su extension, en un grado suficiente, para que el espíritu de la ley penal fuera ilusorio.

Respecto de este punto, las reglas de la crítica racional deben servir y sirven, en efecto, para investigar las causas; pero sin las pruebas que estas causas, examinadas luego y bien definidas, lleven al proceso, la atenuacion, y por consiguiente la necesaria minoracion de la pena, no pueden quedar justificadas.

Tales ocasiones suelen llegar al hombre, en las que, agolpada al corazon la sangre, ofuscado el entendimiento y por un momento oscurecida la razon, no puede responder de sus acciones, como si en perfecta calma y con sereno y claro espíritu las hubiera practicado.

No es igual en todos la prudencia, ni de tal modo imperan en ellos la moderacion y la templanza, que logren sobreponerse siempre á la excitacion, que en su ánimo suele producir necesariamente una amenaza ó una ofensa.

El más firme recato y la circunspeccion más exquisita ceden, en un momento dado, y desaparecen de su conciencia, por muy prudente y más que sea, para dar lugar á un acceso repentino de sofocacion, á un vértigo de ira ó un acto de coraje.

¿Quién no se siente herido en lo más íntimo de su amor propio, al verse por otro provocado, amenazado ú ofendido? ¿Quién podrá permanecer impasible ante una grave injuria inferida á su cónyuge, á su padre, á su hijo, ó á su hermano?

No tanto por efecto de ese amor de sí mismo, á veces desordenado y poco cuerdo; no por el carácter más ó ménos duro; no por acritud habitual — sin que esto sea negar cuánto pueden tambien tener su parte en ello—sino por la consideracion ó estimacion natural, que á sí mismo se debe, y por ese otro deber moral, en que la sociedad le constituye, el hombre está obligado á rechazar la afrenta, que otro le dirige.

La ley, que al dictar sus preceptos, no habiendo tenido en cuenta la fragilidad humana, hubiera prescindido por completo de que el hombre, precisamente por serlo, está sujeto á todas las pasiones y miserias de la humanidad, y suele ser su esclavo, más que severa, habria sido tiránica.

De aquí, pues, las circunstancias atenuantes *cuarta* y *quinta* del artículo 9.° del Código de 1870, que apenas se diferencian de las definidas en los de 1848 y 1850; apreciadas tambien, aunque en otra forma, por el de 1822, y que, más ó ménos ámpliamente, se hallan de igual modo reconocidas en las legislaciones extranjeras.

Dice el primero de aquellos de este modo:

La de haber precedido inmediatamente provocacion ó amenaza adecuada *de parte del ofendido.*

La de haberse ejecutado el hecho en vindicacion próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos ó afines en los mismos grados.

La corta diferencia indicada, respecto de esta última, comparados sus

términos, en el Código moderno con los otros dos citados, consiste en la anteposicion del cónyuge á los demás indivíduos de la familia, y en la clasificacion ó designacion expresa de los hermanos, segun hicimos observar, al tratar del art. 8.°, con referencia á la exencion de responsabilidad.

La de aquella otra, es decir, la de la circunstancia cuarta, consiste únicamente en haber agregado la palabra *adecuada* á la amenaza; adjetivo, que en los dos Códigos anteriores no existia.

No ya *poco adecuada* al caso, á que se aplica, sino de todo punto supérflua la estimamos.

Respetando, sin embargo, por lo mismo, como es nuestro deber, la competencia é intencion de sus autores, que no sabemos si por unanimidad hubieron de aceptarla, daremos nuestra razon y explicaremos tambien en qué se apoya.

Si en el Código de 1848 se hubiera expresado la idea de esa manera, esto es, llamando provocacion ó amenaza *adecuada*, la que debe preceder al delito, para que éste sea en algo excusable; aun reconociendo la impropiedad, lo *poco adecuado* de la frase, ni hubiera entonces llamado la atencion, ni nada hubiera ocurrido que decir acerca de ella; pero cuando lo *adecuado* se trae al Código moderno, como enmienda ó correccion del anterior, bien habria estado que hubiese sido en todos conceptos acertada, y en ninguno reprochable.

Si aquello, que de suyo es bueno, se corrige y con corregirlo no mejora, ¿á qué la correccion? ¿á qué la enmienda?

Ni en su acepcion jurídica, ni en su acepcion gramatical, creemos que el adjetivo corresponde al sustantivo ni responde al pensamiento, que ha motivado su ingerencia.

Claro es que, violentando en uno y otro concepto su sentido, desde luego se comprende lo que el legislador quiso explicar; pero recuérdense los términos del foro, examínense las definiciones, que nos ofrece el Diccionario de la lengua y fácilmente se caerá en la cuenta de lo inoportuno y poco adecuado del vocablo.

Una palabra ociosa en una ley, sobre ociosa, es por demás inconveniente.

¿Se ha querido decir, con la Academia, que un delito encaja bien en una amenaza ó que la amenaza es á propósito para que por ella el delito se cometa?

Imposible.

¿Se ha querido expresar que el delito ha de ser igual á la provocacion ó á la amenaza?

Entonces ¿cuál ha de ser el nivel de que el juzgador se ha de valer para confrontarlos y apreciarlos?

ADECUADO—dice el Diccionario—lo que es á propósito ó acomodado para alguna cosa.

Pues si lo que la ley quiso primero, y ahora quiere, es que el delito se acomode á la amenaza, esto es, que nazca de ella, que la provocacion lo excuse ó atenúe, sin eso de la *adecuacion*, que es en verdad indefinible, se comprendia perfectamente.

Ya se sabe además, bajo otro punto de vista, que no hay amenaza ó provocacion, por grande que sea, que pueda considerarse *adecuada* para atenuar un robo, ni para excusar una violacion, ni para disculpar una estafa, y eso de traer el adjetivo á la ley pára esta explicacion—si para ella se ha traido—ofrece tambien mucho de ocioso.

Aparte, pues, esta observacion, que tiene en sí poca importancia, es una cosa notoria que cuando uno se siente, más ó ménos *adecuadamente*, amenazado ó provocado; cuando se ve gravemente lastimado ú ofendido ó ve ofendida ó lastimada la honra de su cónyuge, la de cualquiera de sus ascendientes, la de alguno de sus descendientes ó bien la de su hermano, la razon no es para con él, en toda su plenitud, dueña de sí misma, y si el agraviado obra mal, delinquiendo, obra al ménos con excusa.

En cierta clase de delitos, que no es necesario designar, porque á este propósito ellos se explican por sí mismos, cuando una amenaza ó una provocacion inmediata, ó una grave ofensa, producen la infraccion penal, de que nace el hecho prohibido, su inmoralidad no puede ponerse al igual de aquella otra, que llevan en sí los crímenes más frios, los que friamente se conciben, y luego con toda frialdad y con el más fiero encono se ejecutan.

Pero para que la provocacion surta su efecto atenuante, exige lá ley que sea inmediata é inmediata la amenaza, como ha de ser grave y próxima la ofensa, en cuya vindicacion resulta el crímen.

Si su excusa depende del instinto de la propia dignidad, que siempre siente el hombre y que la ley no puede ménos de otorgarle, y de su natural fuerza irresistible para rechazar, con más ó ménos violencia y enojo, todo ultraje, no cabe desconocerse que cuando entre éste—amenaza, ó provocacion ú ofensa grave—y el hecho, á que él mismo dá ocasion, media un intervalo de tiempo suficiente, para que la tranquilidad vuelva al espíritu y la reflexion pueda sobreponerse á la excitacion y encono del momento, la causa justa de la atenuacion desaparece.

Uno de nuestros más ilustres comentaristas—el Sr. Pacheco—analizando jurídica y gramaticalmente los dos adjetivos, de que se vale la ley para determinar los casos relativos á las dos circunstancias, en que nos vamos ocupando, y bajo el punto de vista de que lo *próximo* no es lo mismo que lo *inmediato*, sostiene que la *inmediacion* excluye toda idea

de tiempo intermedio, mientras la *proximidad*, que puede admitirla, indica una breve dilacion entre dos hechos.

Esta cuestion, si puramente filológica, examinada bajo su aspecto jurídico, es muy importante.

La propiedad del lenguaje es el requisito más necesario, la circunstancia más esencial y la recomendacion mejor en toda ley.

Así, pues, para bien entender y explicar las palabras, no hay autoridad mayor que el Diccionario, y á sus páginas acudimos, por lo mismo, con frecuencia.

Inmediato—segun él—es tanto como próximo.

Inmediato—dice—lo que está contiguo ó cercano á otra cosa, sin intervenir nada. *Próximo*, lo mismo que *inmediato*.

Parece, por lo tanto, siguiendo á la Academia, que la acepcion de ambos adjetivos, dentro de la ley, debe ser sinónima.

Y sin embargo, para el comentarista que citamos, no *es inmediato* un hecho, que se sigue á otro, con el intervalo de una hora, y es *próximo* aquel que se dilata y abraza un intermedio de dos dias.

El sentido, extrictamente gramatical, de cada uno de los adjetivos, que analizamos, rechaza por sí esa diferencia: la interpretacion contraria es inaceptable.

Aun admitiendo, con el referido autor, que la circunstancia atenuante cuarta del art. 9.° se refiera á los actos, que solamente puedan excitar nuestra cólera y que la quinta reze con aquellos otros, que hieren nuestra honra, tocando puntos más delicados, segun la religion del mundo, ello es que la provocacion, al tenor de la primera de ambas, puede hacerse de mil modos, entre otros, por medio de una ofensa grave, que es la comprendida en la segunda, con que vendria á resultar una involucracion de ideas, que ha estado ó ha debido estar muy lejos del espíritu y pensamiento de la ley.

Una ofensa consiste en el daño, injuria ó agravio, que de obra ó de palabra se hace á otro: una provocacion significa, á su vez, el acto de irritar á otro con obras ó palabras y estimularlo para que se enoje.

Luego una ofensa es una provocacion; luego lo que el legislador ha querido, al separar las dos causas de atenuacion, no ha sido alejar las distancias de los hechos relativos entre sí, sino establecer, para mayor claridad, la diferencia de ambos casos, cuya analogía, por otra parte, es indudable.

Un hombre dice á otro: «Eres un ladron.»

¿Puede negarse que esta es una ofensa grave? Y con ser una ofensa ¿puede sostenerse que no es provocacion?

Pues hé aquí que el ofendido y, por esto mismo, provocado, levanta

en aquel momento el baston, que tiene en la mano, y descargándolo violentamente sobre la cabeza de su ofensor, le hiere mortalmente.

Esta herida, *causa inmediata* de la provocacion, por un lado, y *vindicacion próxima*, por otro, de la ofensa, es la circunstancia atenuante, que, siendo en realidad una sola, se halla comprendida en los núms. 4.° y 5.° del art. 9.°; pero sin que, bajo sus dos diversos conceptos, quepa entenderse que son dos motivos distintos de atenuacion, sino uno, múltiplemente aplicable, dadas las diferentes ocasiones, que respectivamente puedan ocurrir.

Hacemos esta indicacion para combatir al propio tiempo con ella la equivocada teoría, planteada y sostenida por punto general en las defensas de los reos y con notorio é indisculpable error aceptada alguna vez por algunos tribunales, de suponer un doble ó triple efecto atenuante, en lo que nada más significa que una circunstancia aislada de esta clase.

Recordemos el ejemplo que acabamos de exponer.

Siguiendo esa doctrina errónea, podrá decir, y acaso dirá alguno, que el que hirió mortalmente al que le llamó ladron, tiene más de dos á su favor; la de haber sido inmediatamente provocado, la de haber obrado en vindicacion próxima de una ofensa grave y la de haberlo hecho además impulsado por estímulos tan poderosos, que naturalmente hubieron de producirle arrebato y obcecacion.

De aquí, pues, la pena inmediata inferior á la señalada al delito por la ley, segun lo dispuesto en la regla 5.ª del art. 82 del Código.

Nada, á la verdad, más improcedente.

Los estímulos de la obcecacion fueron la ofensa: la ofensa fué la provocacion: en todo ello no hubo, por lo tanto, más que una de esas varias circunstancias atenuantes, que siendo de igual índole, la ley las señala y explica en tres pasajes distintos, no para que se acumulen, sino para que se entiendan mejor y mejor se apliquen, segun los hechos y casos respectivos.

«Considerando»—dijo á este mismo propósito el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de Abril de 1872, reproduciendo lo que ya tenia declarado en muchas otras—«considerando que para los efectos de la regla 5.ª del art. 82 del Código, no deben calificarse como circunstancias distintas de atenuacion, aquellas, que derivando de un solo hecho, son inseparables y se confunden necesariamente entre sí, de tal manera, que por más que tengan denominaciones diversas, no pueden existir las unas sin las otras.»

Sin tener, pues, nada más que añadir acerca de esto, volvamos á nuestro punto de partida, por esa ligerísima digresion anterior interrumpido.

El ofendido, el que se oye llamar ladron, no hace uso del palo que

consigo lleva, ni contesta á su ofensor, sino que por el contrario, le vuelve la espalda y se aleja de él, meditando en su interior alguna otra manera de vengarse.

Dígase lo que se quiera, llámese la injuria ofensa grave ó llámese provocacion, mientras más el injuriado se aleja de aquel que le agravió, más va gradualmente alejando de sí la posibilidad de la excusa del hecho prohibido, que, acto contínuo, hubiera podido aprovecharle.

Todavía, si minutos despues, á la vista uno de otro, se arrepiente, vuelve piés atras y le acomete, la ley debe ampararle.

No cabe suponerse que en ese intervalo de tiempo, más ó ménos largo, la cólera natural, el deseo propio de la vindicacion, hayan desaparecido.

Pero pasa una hora, una mañana, un dia entero ó una noche, tiempo suficiente para que su espíritu se tranquilice y su ofuscacion se aplaque.

Esto, no obstante, va á su casa, toma una escopeta, la carga, se coloca en sitio á propósito, espera, acecha, y al ver pasar á su ofensor, le hiere; ¿podrá entenderse y apreciarse, en este caso, que la vindicacion de la ofensa grave ha sido próxima, é inmediata la provocacion, segun y como el Código requiere?

Tan obvia es la respuesta negativa, que casi ni estas palabras, para indicarla, debieran escribirse.

Hay, sin embargo, ofensas, que no son de presente.

Si el comentarista aludido hubiera establecido esta distincion prévia, muy digna de tenerse en cuenta, su doctrina, en la interpretacion de lo próximo, no habria podido combatirse.

Expliquémoslo.

Uno que está en Barcelona, dirige una carta firmada con su nombre y apellido á otro que reside en Cádiz; carta gravemente ofensiva para el mismo, ó para su cónyuge, ó para cualquiera de sus ascendientes ó descendientes, con la cual hiere naturalmente su susceptibilidad, su honra y su amor propio.

Esta no es, no puede ser, la provocacion inmediata; es la ofensa grave, cuya próxima vindicacion, como circunstancia atenuante, debe buscarse necesariamente en la posibilidad de conseguirla; proximidad, que no se aleja, ya pasen dos, tres ó quince dias; puesto que la existencia del escrito injurioso mantiene viva la exacerbacion del ánimo ú ofuscacion del entendimiento, que es lo que la ley quiere que valga.

Quince dias despues, el agraviado encuentra y mata á su ofensor, y la carta de éste, unida al proceso, no podrá ménos de ser apreciada en la condicion de circunstancia atenuante.

No así, en nuestro sentir, si la vindicacion no subsigue á la ocasion primera; esto es, si el agraviado deja pasar su primer encuentro con aquel que le escribió, porque entonces lo relativamente inmediato ó próximo pasa de igual modo.

En cuanto á que la ofensa haya de ser grave, desde luego se comprende que el Código, al establecerlo así, no ha querido limitar el justo rigor de las penas hasta el punto de fiar el fundamento y validez de la excusa á motivos cortos y livianos.

Si estos no llenan todas las condiciones necesarias, para que la inteligencia y la razon se ofusquen, de tal modo, que el agente, al obrar fuera de la ley, no sepa ó no pueda obedecerlas, no se hallan dentro de la índole filosófica y moral de la disculpa.

La gravedad, sin embargo, es relativa.

Unicamente los tribunales, con presencia de las personas, examinando sus antecedentes, atentos á su ilustracion, y estimando y apreciando cada caso por sí, segun sus circunstancias; únicamente los tribunales son los que pueden decidir con acierto si una ofensa es ó no grave.

Tal podrá ser de poca monta ó insignificante para uno, ménos susceptible, la misma que produzca en otro una funesta impresion ó una perturbacion exagerada.

Ni todas las clases de la sociedad son iguales en educacion y sentimientos, ni todas la palabras tienen para todos los hombres igual fuerza, ni en todos el diccionario del honor es uno mismo.

¡La embriaguez!

¡Cuán difícil es esta cuestion para los tribunales, y á cuántas injusticias y á cuántos casos de penas arbitrarias puede dar ocasion, si con todo detenimiento no se estudia!

Muchas veces la embriaguez es la locura.

No uno, sino muy repetidos casos de estos, tienen lugar en todas partes: muchos citan los autores.

Hace pocos años, en una de las visitas semanales de la cárcel, tuvimos ocasion de hablar con un jóven de familia acomodada, encerrado é incomunicado en uno de los calabozos de la llamada de Villa, en esta capital.

Su extremada palidez, su semblante demacrado, sus copiosas é ince-

santes lágrimas, sus dolorosas frases, dirigiéndose al tribunal que le interrogaba, y sus ardientes y sentidas protestas, eran la mejor prueba de que habia delinquido falto de inteligencia, fuera de su voluntad y de su intencion; en una palabra, sin saber lo que habia hecho.

De temperamento nervioso, de carácter un tanto irascible y de conducta algo pervertida, tal se extraviaba su razon y se oscurecia su inteligencia, apenas tocaba en sus labios una gota de alcohol, que no ya se ofrecia como un borracho, de mejores ó peores condiciones, sino como un verdadero demente, con todos los síntomas de una locura furiosa y delirante.

En uno de esos terribles momentos, que son la mayor desdicha para un hombre, hirió grave y cruelmente á su madre.

Cuando vuelto en su conocimiento y despejada su razon, se le hizo saber el motivo de su encierro, el hecho mismo, amargando horriblemente su conciencia, fué sin duda para él mayor castigo, que el señalado al delito por la ley.

Ahora bien: hablando los Códigos de 1848, 1850 y 1870 de las circunstancias atenuantes, el primero de ellos dijo:

La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito.

No creyendo bastante el de 1850 esta definicion aislada, considerando necesaria alguna explicacion á la condicion exigida de la habitualidad, escribió las mismas palabras y añadió éstas, en un segundo párrafo:

Se reputa habitual un hecho, cuando se ejecuta tres veces, con intervalo á lo ménos de veinte y cuatro horas entre uno y otro.

Más acertado el de 1870, y previendo los inconvenientes, que la interpretacion de esta regla, de suyo imperfecta, habia de traer siempre consigo, aceptó el párrafo primero y redactó el segundo en estos términos.

Los tribunales resolveran, con vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, cuando haya de considerarse habitual la embriaguez.

Esta divergencia sucesiva, en los tres últimos Códigos, viene á demostrar que aún siguen discordes las decisiones de los legisladores sobre la imputabilidad de los delitos, cometidos en estado de embriaguez, como observaba y escribia hace treinta años un ilustrado publicista.

Y tanto esto es así, que no sólo en los de España, sino en los de algunas otras naciones de Europa, los cuales tenemos á la vista, en cada uno se resuelve la cuestion de una manera diferente.

El de Austria, por ejemplo—en su art. 267—considera punible la embriaguez, respecto de cualquier delito, en tal estado cometido, y todavía agrava la penalidad para aquel que se embriaga, sabiendo que en semejante situacion padece accesos de violencia.

El del Brasil—en su art. 18—la señala como circunstancia atenuante, siempre que no haya sido intencional en el culpable, para animarse á la perpetracion del crímen; siempre que ántes de embriagarse no haya formado su proyecto criminal y siempre, en fin, que no tenga costumbre de delinquir cuando se embriaga.

En cambio, el Código español de 1822, que en el párrafo 1.° de su artículo 26 no consideró delincuente al privado del uso de la razon, por cualquiera causa, independiente de su voluntad, segun ántes hemos apuntado; variando de concepto en su otro párrafo y separándose, respecto de este extremo, de nuestras antiguas leyes pátrias, en aquello que dice la 6.ª, tít. 2.° de la Partida 7.ª de que *non debe haber pena el que dixiere mal del rey con beoblez, pues lo face estando desapoderado de su seso*, como en lo demás que declara y establece la 5.ª, tít. 8.° de la misma; en cambio, decimos, el Código español de 1822, severo y duro, excluia en absoluto, como disculpa de todo delito, la embriaguez voluntaria y cualquiera otra privacion ó alteracion de las facultades intelectuales de la misma clase; disponiendo que ni por ésta, ni por aquella se disminuyese la pena respectiva.

Tanto del contexto de esta ley, como de las disposiciones análogas de los Códigos extranjeros y de los nuestros más recientes, como de cuanto la experiencia nos enseña y nos demuestra, venimos á deducir y podemos desde luego sentar, como principio, que puede servirnos de base cierta, para la cuestion de imputabilidad, en la embriaguez, que constituyendo ésta en el hombre un estado físico anormal, dentro del cual obra, si así cabe decirse, con los ojos vendados, con la razon perdida, la inteligencia extraviada y sin el conocimiento necesario, por lo tanto, para distinguir lo bueno de lo malo, son tan diversos los síntomas, que ofrece, y tan distintos sus caractéres y tan singulares, que es imposible, por un caso dado, juzgar de los demás.

No diremos con Rossi, al fijar nuestra atencion en las tan variadas opiniones de los juriconsultos, que han escrito acerca de este punto, que no ha sido aún exactamente analizado; pero no podemos ménos de convenir en que, analizado dentro de sus propias naturales condiciones, ni ha sido perfectamente comprendido ni todavía definido con acierto.

¿Cómo, si no, en ocasiones dadas, no habia de estimarse la embriaguez, en el concepto de circunstancia eximente, al igual de la locura?

Bien es verdad que por más que á primera vista aparezca que la ley, en este sentido, ha hecho caso omisó de ella, relegándola siempre y en todo caso al art. 9 °, esto no es exacto.

Si la embriaguez, como hemos indicado antes, es muchas veces la locura; desde el punto y hora en que toma este carácter, nadie habrá de negar que, como locura, y no como embriaguez, debe apreciarse.

A este mismo propósito, citando la célebre causa de Luciano Iniesta, combatiendo toda idea de demencia transitoria, y apoyándonos en el testimonio de autores ilustrados, entre otros, Mr. Devergie, dijimos, y ahora repetimos, que ni es verosímil ni puede aceptarse, en la pura acepcion de la palabra.

No excluimos, sin embargo, entonces, ni excluimos ahora, la verosimilitud, la posibilidad de un rapto de locura ardiente, por un motivo determinante, que la justifique, refiriéndonos en ello á los efectos desastrosos del alcohol, en quien lo ha bebido con exceso; cuyos vértigos, cuya ofuscacion mental, producen á veces la pérdida completa y absoluta del juicio.

En nuestro concepto, este caso es el único que puede significar una excepcion de la regla general; sólamente en la embriaguez, cuando á tal extremo llega, cabe aceptarse la demencia transitoria.

Pero ya lo hemos indicado, y no podemos ménos de insistir en ello: desde el momento, en que la embriaguez deja de serlo, en su acepcion propia, y se convierte en locura, locura que pasa, pero que mientras dura se nos ofrece con todos sus síntomas y caractéres, con todos sus extravíos, con todas sus perturbaciones —siempre que no haya sido su orígen voluntario— aquel que obra sometido á su influencia, no como ébrio, sino como demente debe ser juzgado.

En buen hora que en este caso especial, la locura producida por la embriaguez sujete al culpable á la indemnizacion ó resarcimiento de daños y perjuicios, por el mal que causa, como para el demente, por enfermedad, se determina en el art. 19 del Código; pero ya que delinque falto de juicio, sin voluntad propia, y sin el discernimiento indispensable, exímasele á su vez de toda pena personal, como en el núm. 1.° del art. 8.° se exime al loco y al imbécil.

Esto, á más de ser lógico, es justísimo.

La justicia y la lógica, por lo tanto, vendrian á desaparecer del precepto legal, desde el instante mismo en que, colocados dos delincuentes en situacion idéntica, el uno quedase libre de responsabilidad criminal, y y el otro, más ó ménos duramente, fuera castigado.

Concluimos, pues, acerca de este primer punto, concerniente á la embriaguez, manifestando, que ni la lógica ni la justicia, con relacion á ella, en esa su doble significacion, faltan del Código, porque en la primera, que es la regla comun, la comprende entre las circunstancias atenuantes, y en la segunda, que es la excepcion, la lleva implícitamente á las circunstancias eximentes: porque una vez convertida en locura, y ésta evidentemente demostrada, sin necesidad de disposicion alguna concreta, por el mismo hecho en sí, es aplicable el citado art. 8.° en su número 1.° y no en el 9.°, en el 6.°, cuyas limitaciones tienen otras referencias, de las que trataremos en seguida.

No habrá seguramente juez alguno, qué con los datos necesarios para apreciar, sin incertidumbre, que la embriaguez ha producido una completa y verdadera demencia y que el demente ha obrado fuera de todos los requisitos de inteligencia, malicia y voluntad, constitutivos del delito, ignorando el mal que produce, sin intencion de cometerlo, y movido únicamente por la perturbacion ó extravío de su razon, no lo declare criminalmente irresponsable.

Si esto no estuviera implícita, pero muy claramente, dentro de la ley, segun nuestra interpretacion y por las razones que acabamos de exponer, vendria por sí solo y con la más íntima y entera conviccion á la conciencia.

La razon de la imputabilidad, en toda accion ú omision castigada por la ley, depende de la voluntad de aquel que la ejecuta.

Explicada anteriormente esta doctrina, que por lo mismo no hay necesidad de repetir, apliquémosla á la embriaguez, como causa de atenuacion, cuando el sobrescitado por ella lleva á cabo un acto ilícito.

Motivo de exencion de responsabilidad criminal, si convertida accidentalmente en demencia, produce en el que la padece la enagenacion mental, que en otros es enfermedad constante, hemos consignado y habremos de decir de nuevo que, enfermedad transitoria, pero al fin enfermedad, que ataca y perturba y trastorna las facultades intelectuales, pierde toda su eficacia eximente, desde el momento en que se pruebe y justifique en ella un orígen voluntario.

Imposible es desconocer, que así como la mayor parte de los hombres, que se embriagan, saben por experiencia cuál es el fatal resultado

que en último término produce en ellos la bebida, de cuyo vicio, sin embargo, no desisten, hay otros que caen en ese extravío por una causa puramente accidental, por un acto de verdadera irreflexion, ó tal vez por circunstancias de un momento dado, que ellos mismos, ni antes ni despues, saben apreciar.

La ley moderna, que no ha podido ménos de comprender la distancia que existe entre los unos y los otros, si bien no ha marcado expresamente una línea divisoria entre embriaguez voluntaria y la involuntaria, ha venido á establecer este deslinde, excluyendo, para los efectos de la atenuacion, tanto aquella que es posterior al proyecto de cometer el delito, como la que es habitual en el culpable.

En efecto: el que habitualmene se embriaga es que voluntariamente lleva en ello la voluntad y el deseo de constituirse en ese estado de envilecimiento y abyeccion, solamente comparable al estado de los animales inmundos, que en el cieno y en el fango se revuelcan.

Luego si tiene la voluntad de la embriaguez, tiene la voluntad de sus consecuencias; luego si es de libre voluntad aquella, debe necesariamente sujetarse á estas.

La habitualidad, en esta clase de excesos, es, en aquel que constantemente los comete, la conciencia íntima de la enfermedad que voluntariamente se acarrea con ellos; es el vicio erigido en hábito funesto, es el principio del camino fatal, que va al delito.

Así pues, el que, para andarlo, y avanzar más ó ménos, entra en él, si al fin llega á precipitarse en el abismo, no puede luego alegar ignorancia ni quejarse de su suerte.

Si dentro de esas condiciones, demostrada la voluntad de la embriaguez, abuso constante, motivo uno y otro dia de excesos lamentables y punibles, la ley declarara la irresponsabilidad criminal, ó la atenuacion de la responsabilidad para el culpable que, al delinquir, habia obrado, por esas mismas razones, en un momento de perturbacion mental y con carencia absoluta de conocimiento, respecto del mal ó daño producido, la disposicion, siquiera fuese legal, seria irrisoria.

No: los vicios no pueden suponer ó significar una virtud eximente ó atenuante, contraria á la sana razon y á la moral; y como dice el ya citado comentarista Sr. Pacheco, qùien no solo cae, sino que permanece en ellos, ni ignora ni quiere evitar sus consecuencias, y resignado, por lo tanto, al resultado de lo que seguramente hubo de prever, debe pagar la pena de sus obras.

Consultado, á este propósito y para mejor ilustrar esta tan difícil cuestion, el Diccionario razonado de legislacion y jurisprudencia, debido á la acreditada pluma del que fué tan distinguido jurisconsulto, D. Joa-

quin Escriche, nos encontramos con que, despues de haber traducido casi literalmente, para definir y explicar la palabra *embriaguez*, cuanto sobre la misma escribió Rossi, sienta, entre otras, al final de su artículo las dos siguientes conclusiones : primera, que cuando aquella es involuntaria y completa, debe eximir de toda pena; segunda, que cuando es completa tambien, pero voluntaria, debe solo eximir de pena personal, pero no del resarcimiento de daños y perjuicios.

No fué, sin embargo, tan lejos el autor á quien, en esta parte, tradujo ó copió el renombrado publicista.

Desde luego hubo de considerar de todo punto irresponsable al culpable de un delito, que al tiempo de su perpetracion se hallase sometido al influjo de una embriaguez completa, accidental é involuntaria; pero no así, cuando el hecho prohibido hubiese obedecido á la exaltacion natural del ánimo, por efecto propio del abuso, sin que el agente hubiera llegado á perder por completo la conciencia de sus actos, en cuyo caso solo podria ser excusable; estimándolo además, en alguna otra ocasion, como imprudencia.

Imprudencia, á nuestro modo de ver, y con rarísima excepcion, la hay por punto general en todo acto de embriaguez, más ó ménos voluntaria, completa ó incompleta.

Imprudente es siempre, ó casi siempre, y por tal debe ser tenido, el que, comprendiendo las consecuencias posibles ó probables de la bebida, sin templanza, sin prudencia y sin moderacion se entrega á ella.

Tenemos, pues, que la embriaguez completa y evidentemente involuntaria, cuando produce en el embriagado una verdadera demencia, que le impide ser dueño de su voluntad y le embarga totalmente sus sentidos, debe equipararse á la locura por enfermedad, á los efectos de la exencion de responsabilidad, aunque sin la cláusula de reclusion en un establecimiento de beneficencia, que para este segundo caso el Código establece; pero que cuando es voluntaria, incompleta ó completa, solo puede excusar el crímen ó servir en el de circunstancia atenuante, con las limitaciones de la ley.

Aparte la habitualidad, de la que más en concreto volveremos á hablar luego, excluida, tanto en el Código de 1870, como en los de 1848 y 1850, hállase en igual caso de excepcion, cuando es posterior al proyecto de cometer un delito, como hemos apuntado ántes.

La razon filosófica de esta prohibicion salta á la vista.

No es muy fácil, sin embargo, aplicarla con perfecto criterio á la intencion del delincuente, en la cual hay que penetrar, para graduar la penalidad, por la voluntad anterior, no siempre manifiesta y definida.

Puede muy bien darse la ocasion de un proyecto criminal prévio, que

la embriaguez precisamente haga olvidar, ó que olvidado, ella lo despierte; como puede darse tambien la de que el agente acuda y apele á la bebida, buscando en sus resultados mayor excitacion para decidirse á ejecutarlo.

En todos estos casos posibles, lo que la justicia encontrará siempre más difícil, para resolver las cuestiones, que respectivamente entrañan, habrá de ser, y será sin duda, la averiguacion y demostracion de la idea interna, que precede á la ejecucion del acto vedado; resultando de aquí la imposibilidad de un juicio perfecto acerca de ellas.

Por esto es que la ley, salvas sus dos indicadas excepciones concretas, dictando una regla comun, la ha considerado como circunstancia atenuante.

Pero hé aquí que concebido el proyecto de un delito, estudiada la forma de su ejecucion, prevista la oportunidad, luchando todavía el agente con la incertidumbre y con las dudas, que muchas veces lleva al corazon y á la conciencia del hombre la idea misma del mal, que se propone, y para despreocuparse y prescindir mejor de sus propias reflexiones, voluntaria é intencionalmente se embriaga, ¿habrá de quedar inalterable, á pesar de esto, la responsabilidad en que incurre, una vez el hecho cometido?

Antes de contestar á esta pregunta, expongamos, para mayor claridad, un caso práctico.

En el juzgado de primera instancia de P... territorio de la audiencia de M... se siguió causa criminal contra Bautista Roldan, por el delito de asesinato, cometido en la persona de José Sanchez Beltran, de edad de trece años.

Tenia Roldan relaciones amorosas con Mónica Segorve, á la sazon viuda de Antonio Sanchez Beltran, que casó con ella en segundas nupcias, llevando de su primer matrimonio al jóven José, que acaba de nombrarse.

Resentimientos de familia habian producido graves disgustos entre la madrasta y el hijastro, de cuyas resultas el procesado Roldan, que en ellos habia intervenido y que tambien le aborrecia, resolvió deshacerse de él, dándole muerte.

Desaprobó Mónica Segorve su proyecto y aun, tratando de disuadirlo, hubo de reprenderle sériamente algunas veces.

Esto, no obstante, hoy insistiendo, mañana desistiendo, se decidió por último á su ejecucion; pero comprendiendo que acaso podria no tener ánimo bastante, trató de emborracharse, no sólo para adquirir el valor, que le faltaba, sino para disculpar su accion despues de cometida.

No siempre, al tratar de ejecutar un crímen, se atan bien, para procurar su impunidad, todos los cabos.

Llegada la noche, que para el suyo habia fijado, se dirigió Roldan á la taberna de la plaza, donde pasó sus primeras horas bebiendo con exceso, segun y como hubieron de notar cuantos allí estaban presentes.

Silencioso y reservado en un principio, tornóse despues provocativo y hablador, dejando observar á los demás lo singular de su aspecto en aquel acto, y haciéndoles recelar alguna idea siniestra, que no podian, sin embargo, adivinar ni comprender.

En esta situacion, dadas las diez y cuarto, salió de la taberna con paso vacilante y trémulo, y se dirigió á la calle del Cristo, donde habitaba su querida.

—Mala le espera á la Mónica esta noche—dijo uno de los que todavía permanecian en ella.

—No parece—añadió otro—sino que se ha emborrachado adrede para *alguna diabluria.*

Y mientras allí hablaban de este modo, Bautista Roldan penetraba en la casa de Mónica Segorve, que á la sazon dormia profundamente.

Abrióle la puerta precisamente el jóven José Sanchez, con quien tuvo, como siempre, algunas palabras, si bien entrándose despues en la cocina y dejándose caer sobre un banco, embebido acaso en su pensamiento, con los ojos centelleantes y agitada la respiracion, guardó silencio.

En un rincon, al lado del hogar habia una azada: en el extremo opuesto y sobre un tajo de madera un hacha pequeña.

Con vista poco segura, pero anhelante, dirigia Roldan alternativamente hácia una y otra su mirada, tratando de observar al propio tiempo, de vez en cuando, si el pobre José Sanchez, que se habia vuelto á la cama, completamente ageno del mal que le esperaba, estaba ó no despierto.

Una mohosa candileja, resto de un candil de hierro, con luz casi expirante, alumbraba aquel cuadro lúgubre y siniestro.

La embriaguez de Roldan, intencional y voluntaria, creciendo por grados, bajo la progresiva influencia del alcohol y por la presion tambien de aquel proyecto criminal, que se agitaba cada vez con más influencia en su sobreexcitada imaginacion, acabó por embargar toda idea reflexiva y llevó á su corazon el aliento, que acaso, sin esa brutal preparacion, le habria faltado.

Irguióse, pues, de repente, cogió la azada entre sus dos manos convulsivas, la levantó en alto y dirigiéndose en esta forma á la pequeña habitacion en que José Sanchez dormia, se la descargó por el remate de hierro de su anillo sobre el parietal izquierdo, con tal tino, por desgracia,

y con tal fuerza, que aunque hubo de darle algunos golpes más, bastó por sí solo el primero para privarle de la vida.

Dado, pues, el hecho, segun el resultado de los autos, hé aquí ahora el contraste.

La defensa de Bautista Roldan, que negó el cargo, pero del cual resultó convicto, alegó, para en su caso, la embriaguez como circunstancia atenuante: el promotor, en la primera instancia y el Fiscal de la Audiencia en la segunda, la combatieron fuertemente, en el concepto de que siendo cierta, estaba demostrado por datos seguros que habia sido posterior al proyecto del crimen, y por consiguiente carecia de eficacia, con arreglo al Código.

Ahora bien: la embriaguez intencional, con la idea preconcebida de buscar en ella un medio de ejecucion para un delito, que en otra ocasion ó sin su excitacion mental no podria cometerse, ¿ha de estimarse en todo proceso como inalterable á los efectos de la penalidad, que al delincuente ha de imponerse, ni más ni ménos que si no estuviese ébrio?

Que no se estime como circunstancia atenuante, desde luego la razon y la justicia lo aconsejan; pero que se deje de apreciar en todo otro concepto, porque la ley no lo prescribe, bien pudiera creerse ménos lógico.

La embriaguez, en el caso que acabamos de exponer, produjo el asesinato, siendo circunstancias cualificativas del mismo las de premeditacion y alevosía, aparte las genéricas, que todavía se desprenden del suceso.

Esto sentado y hecha, por un momento, abstraccion de todas ellas, ¿no fué esa misma embriaguez, por sí sola, la que hubo de ejercer una influencia directa y decisiva sobre la perpetracion del crímen?

Comparemos.

Uno desea matar á otro, pero necesita para ello un revolver ó un puñal.

Si no lo tiene, no puede matarlo.

Pero no es que baste á la ejecucion del homicidio, que tenga ya puñal ó revolver de que valerse, para conseguir su objeto, sino que le es indispensable una escala para llegar por una via, no destinada al efecto, al lugar donde sabe que su víctima se encuentra.

Hé aquí, sin duda alguna, la embriaguez como medio, en primer término: héla además como elemento de propia é inherente agravacion, puesto que todo lo que ha constituido el delito en sí, la premeditacion, la alevosía, la noche, la morada del ofendido, sin provocacion alguna por su parte, todo, todo ha partido de ella; nada, sin su auxilio, habria popracticarse.

No es que sostengamos, por esto, que la embriaguez, aislada y en ocasiones determinadas, sea suficiente para agravar el hecho, que bajo su influencia se comete: no es que, en esta parte, tachemos de omision la ley, por más que no dejemos de comprender que así como el parentesco unas veces atenúa y otras agrava, lo mismo idénticamente podria ocurrir con ella, cuando de intento se buscase, como medio para cometer un delito; es que queremos demostrar y fundar nuestra razon, respecto de la benignidad, con que la consideramos, en los casos de ser involuntaria y completa, y respecto tambien de la aversion, que nos produce y del rigor con que entendemos que debe apreciarse, en todo otro caso; hasta el punto de que intencional, posterior al proyecto y por vía de estimulacion al crímen, entendemos—y no desistimos—que como circunstancia agravante debiera ser tenida.

La ley calla, sin embargo, no la ha considerado así, y nada más, por lo mismo, hemos de escribir acerca de este extremo.

No puede, por último, ocultársenos que todo delito, donde la embriaguez juegue papel tan principal, cuantas circunstancias agravantes—cualificativas ó genéricas—concurran en su ejecucion, son la embriaguez misma y que por esto, dentro de la índole de cada una, no se han de sumar todas despues, para imprimirle un carácter nuevo, que dé al hecho más agravacion; pero ello es, que tratándose de un vicio tan comun, tan perjudicial y tan funesto, no habria medida de mayor rigor dentro de la ley, que no fuera acertada.

Acertada, acertadísima es, por cierto, la de que cuando sea habitual, tampoco pueda apreciarse la embriaguez como circunstancia atenuante.

¿Qué mucho que así nos lo parezca, cuando en nuestra opinion—y valga esta indicacion por lo que valga—la embriaguez voluntaria, ya que no entre los delitos, debiera figurar con más severa represion entre las faltas?

El Código de 1850, en el núm. 10 de su art. 495, castigaba con la multa de medio á cuatro duros al que causaba escándalo con ella: el de 1870, en el núm. 3.° del 589, eleva la penalidad desde veinte á veinte y cinco pesetas, pero conservando la condicion de que produzca escándalo ó perturbacion.

Sin que, á este propósito, tratemos de poner de relieve todo lo repugnante y odioso del vicio, que venimos combatiendo, porque esto todo el mundo lo sabe y lo conoce; sin que tratemos de demostrar cuán ocasionado es á riñas, abusos de mil géneros, delitos y catástrofes, que hartos ejemplos se ven todos los dias; apelando en ello al testimonio y á la conciencia de todas las personas honradas, creemos y sostendríamos con to-

da clase de datos y razones, que no solamente la embriaguez escandalizadora ó perturbadora, sino toda otra, cualquiera que sea la forma con que se ostente en la vía pública, hasta la pacífica y dormida, deberia figurar en el lib. 3.° del Código con la multa más elevada y hasta con arresto, en las ocasiones de su más demostrada gravedad.

La habitual priva al borracho, que delinque, del beneficio de la atenuacion de la pena, en que por el acto prohibido incurre.

¿Cuándo es, pues, la embriaguez habitual?

En esta parte rechazamos desde luego los términos que, para su definicion y apreciacion, eligió el Código de 1850, supliendo un vacío, que creyó encontrar en el de 1848, y aceptamos sin reserva la disposicion consignada en él vigente.

Se reputa habitual un hecho—decia el primero—*cuando se ejecuta tres veces ó más con intervalo, á lo ménos, de veinte y cuatro horas entre uno y otro acto.*

Esta fórmula, que en concreto deja intacta y no resuelve la cuestion, considerada en absoluto, es en alto grado falaz y ocasionada á graves injusticias.

La habitualidad es la costumbre, pero costumbre no sujeta á reglas fijas.

Puede un hecho repetirse tres ó cuatro veces seguidas, con el intervalo de treinta ó treinta y seis horas, y sin embargo, no ser habitual en aquel que lo ejecuta.

Motivos especiales de sentimiento, de alegría ó satisfaccion, hacen que uno se embriague cinco veces, en el intervalo de quince dias, sin que, pasados aquellos, vuelva á incurrir en tal exceso.

Otro tiene la costumbre de celebrar todos los años el dia de su santo con una borrachera; pero pasa el dia, pasan los efectos de aquella y hasta el año siguiente están para él demás el vino y los licores.

Si en cualquiera de estos casos se hubieran de atener los tribunales al texto literal y expreso de la ley, no habria más sino que, ejecutado el hecho tres veces ó más, con el intervalo á lo ménos de veinte y cuatro horas, habria de reputarse la embriaguez habitual en el culpable.

Intervalo de más de veinte y cuatro horas es el de doce meses, y sin embargo, el que al cabo de cuatro años se embriaga cuatro veces, si durante la cuarta delinque, ni puede decirse, á los efectos de la atenuacion de la pena, que es ébrio habitual ni tal han podido ser el espíritu y pensamiento de la ley.

Dentro de ese mismo espacio de tiempo está el que, por motivos ó en

ocasiones no frecuentes, se embriaga en quince dias tres veces, sin haber tenido la costumbre de hacerlo antes y sin haberlo hecho despues, y, extrictamente aplicada, desde luego parece que le alcanza de lleno la fórmula del Código.

Es, pues, evidente que esta no llena su objeto.

Cuando la ley, buscando toda la sencillez posible y la indispensable claridad en sus palabras, puede calificar los hechos, de que trata, ó fijar, al ménos, reglas precisas é invariables, para que el juzgador los califique con acierto, no es ni puede ser conveniente dejarlos al arbitrio de éste; pero cuando tal calificacion no es fácil, mejor es no dictar esas reglas, si todavía han de hacerla más oscura.

El Código de 1870, adoptando este último sistema, ha dejado á la apreciacion judicial la importancia relativa de los antecedentes necesarios, para decidir, en cada caso, acerca de esta dificilísima cuestion.

Los tribunales—dice—*resolverán, con vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, cuando haya de considerarse habitual la embriaguez.*

No se entrega á los excesos de la bebida el artesano durante seis dias de la semana, porque hasta el sétimo no cobra; pero llegada esta ocasion, malgasta y disipa en ella todo su jornal, prescindiendo de su mujer y de sus hijos, á quienes tiene abandonados.

¿Qué juez, con tales antecedentes, podrá dudar de que ese artesano es un borracho habitual? Si en tal estado de embriaguez delinque, ¿quién habrá de apreciar el vicio para con él como circunstancia atenuante?

Indudablemente la mision más difícil para los tribunales es aquella que lleva consigo la propia apreciacion de un punto dado, segun las reglas de la crítica y en cuanto les dicte y aconseje la prudencia.

Esto no puede hacerse con verdadero acierto, si no es teniendo muy en cuenta la educacion, los antecedentes, las costumbres de los procesados, por un lado, y la ocasion y las circunstancias de los delitos ó crímenes, por otro; relacionándolas entre sí y deduciendo las consecuencias necesarias, para buscar en ellas la verdad y la justicia, que es, ni más ni ménos, lo que con aplicacion á la embriaguez habitual ha querido el Código de 1870, cuya disposicion, en esta parte, más que la del anterior, nos parece filosófica, racional y conveniente.

Al hablar ahora de la última de las circunstancias atenuantes, 7.ª del artículo 8.º del Código actual, que es la misma en los de 1848 y 1850, lo primero que se nos viene á la memoria, y creemos oportuno citar, es la disposicion de el de 1822—artículo 107—donde se señalaba en el expresado concepto, *la indigencia, el amor, la gratitud, la ligereza ó el arrebato de una pasion, que haya influido en el delito.*

Esto es demasiado genérico, como demasiado genérica es tambien la disposicion, que en el de 1870 se consigna, con este mismo objeto.

Dice así:

La de obrar por estímulos tan poderosos, que naturalmente hayan producido arrebato y obcecacion.

Todo ó la mayor parte de cuanto hemos dicho, respecto de las circunstancias atenuantes, cuarta y quinta, cuadra perfectamente y puede aplicarse, por punto general, á la sétima, que no otra cosa viene á ser, en realidad, que ese mismo impulso tan poderoso, nacido de una provocacion inmediata ó de una ofensa próxima, y que engendra súbitamente en el ánimo del autor del hecho, á que da márgen, el deseo natural del desagravio.

Alguna mayor latitud concede, no obstante, la ley á este último motivo de atenuacion, explicado por esa fórmula general, aunque no tanta como, en ocasiones dadas, los tribunales quieren imprimirle.

El Supremo de Justicia, fuente de toda jurisprudencia y al que hace tantos años tenemos la honra de pertenecer, nos habrá de dispensar, si sosteniendo en este libro lo que ante él, de palabra, el Ministerio fiscal ha sostenido, nos permitimos, como base y fundamento de nuestra doctrina, analizar y respetuosamente combatir una de sus últimas sentencias, á esta materia relativa, y que no porque parezca, hasta cierto punto, en contradiccion con otras anteriores—en lo que acaso podremos estar equivocados—deja de merecernos la mayor consideracion, como cuantas otras de tan alto é ilustrado cuerpo emanan.

Y más nos mueve á ello la circunstancia de que precisamente esa misma sentencia dió, por entonces, motivo y ocasion á equivocadas interpretaciones ó dudas infundadas, respecto de algunos artículos del Código y de la ley de Enjuiciamiento criminal, en perjuicto del Ministerio público, al que, por conciencia y por obligacion, estamos llamados hoy á defender.

Demostraremos, pues, que todo cuanto entonces se dijo contra él, y á lo que no fué posible por entonces contestar, estuvo destituido de toda razon legal y de todo fundamento.

Y hechas estas ligeras indicaciones, que tienen en estas páginas su razon de conveniencia y necesidad, seremos breves.

En los dias 25, 26 y siguientes del mes de Diciembre de 1871, Agapito Marrupe, Juan Corral, Tomás Aguado y muchos otros vecinos, del pueblo de Castilblanco, en la provincia de Cáceres, alzados pública y tumultuariamente, para despojar por la fuerza á D. Pablo Rodriguez, don Florencio Soria y D. Francisco Castro del dominio de unas dehesas, que habian adquirido del Estado, no solamente menospreciaron á las autoridades gubernativa y judicial, que trataron, cada una por su parte, de contener y reprimir el alboroto, sino que sobreponiéndose á sus disposiciones, fuera de las vias legales y en abierta sedicion, obligaron á los expresados compradores á que les firmasen un papel de cesion de ellas.

Tal carácter de hostilidad y de agresion llegó á tomar el alzamiento, que habiendo durado sin interrupcion cinco ó seis dias, resultó herido en uno de ellos D. Sabas Torres, apoderado del D. Francisco Castro, terminando al cabo de tanto tiempo con el triunfo de los sediciosos, que introdujeron los ganados en las dehesas, donde hubieron de causar algunos daños.

Tratábase, pues, de un delito previsto y castigado en el núm. 5.° del artículo 250 del Código penal.

La Audiencia de Cáceres, estimando en favor de los culpables las circunstancias atenuantes de no haber tenido intencion de causar todo el mal que se siguió al suceso (!) y *de haber obrado por estímulos tan poderosos, que naturalmente produjeron en ellos arrebato y obcecacion*, (!!) sin ninguna atenuante, dictó su fallo, imponiendo á cada uno dos meses y medio de arresto; fallo y circunstancias que combatió el Ministerio fiscal, en el recurso de casacion, que interpuso, y que, con tanta razon como lucimiento, sostuvo en la Sala segunda del Tribunal Supremo, nuestro compañero D. Federico Melchor y Lamanette.

La Sala segunda, sin embargo, considerando aceptables las dos circunstancias atenuantes expresadas, declaró no haber lugar á él.

Sin examinar la condicion y exactitud de la primera, por no ser de este lugar, aunque mucho, con la relacion al caso referido, podria decirse acerca de ella, consagremos á la segunda algunas líneas.

Establece la sentencia denegatoria del recurso, como puntos probados, primero: que la sedicion, cuya calificacion acepta, comenzó en la mañana del 25 de Diciembre de 1871, continuó todo el dia, y se prolongó al siguiente 26; segundo: que los grupos desobedecieron é insultaron á la autoridad, que ni aun pudo evitar la agresion contra D. Sabas Torres, á quien sorprendieron, en ocasion de hallarse escondido en su casa,

maltratándole y dejándole en el suelo sin sentido, á consecuencia de las seis graves heridas, que hubieron de inferirle; tercero: que todavía en los dias sucesivos, últimos del mes, prosiguieron en su actitud hostil, causando daños con sus ganados en las fincas, á que, sin razon alguna, se empeñaban en considerarse con derecho.

Consignemos ante todo que tal derecho no existia.

Las dehesas pertenecientes á la nacion habian sido vendidas en debida y legal forma, y si de alguna accion contraria se creyeron asistidos, no por medio de un alzamiento público, tumultuario y con desprecio, ofensa y desobediencia de las autoridades, sino por las vias legales debieron haberla reclamado.

Pero dijo sustancialmente el Tribunal, como puede verse en el segundo considerando de la sentencia denegatoria—número 222 de la *Gaceta de Madrid*, correspondiente al 10 de Agosto de 1874:

«Los vecinos de Castilblanco, segun antigua concordia entre el pueblo y el monarca, tenian ciertos derechos en las dehesas de Guadalupe y Lasterillas; estas dehesas se vendieron válidamente y con arreglo á la ley en 20 de Diciembre de 1871; luego de aquí se desprende, que al presentarse aquellos en grupos sediciosos y amenazadores en la mañana del 25, y desobedeciendo á la autoridad, en la forma que se ha referido, en cuya situacion, más ó ménos alarmante, continuaron por espacio de cinco ó seis dias, procedieron con arrebato y obcecacion, circunstancia atenuante, que debe aprovecharles.»

Respetamos, como es debido y en toda la autoridad que tiene, la sentencia.

Séanos, empero, permitida alguna observacion, acerca de ella; tanto más precisa, cuanto que de sus mismos términos vamos á deducir nuestro razonamiento contrario, respecto de la circunstancia 7.ª del artículo 9.° del Código, que estamos estudiando.

El hecho ocasional de la sedicion, esto es, la venta de las fincas, tuvo lugar el 20 de Diciembre, y el arrebato y la obcecacion no hubo de llegar á los sediciosos hasta cinco dias más tarde.

Tenemos, pues, un arrebato con preparacion de *ciento veinte horas*, durante las cuales debe presumirse que fué creciendo gradualmente, y cobrando fuerza, hasta estallar: *arrebato pensado*, progresivo, que no nos podemos explicar; arrebato elaborado pacíficamente en la imaginacion de los sediciosos, por todo aquel espacio de tiempo, desarrollado con tan admirable lentitud, que rompió al fin cinco dias despues, y duró en su período álgido —si nos es lícita la frase— y en toda su mayor efervescencia cuarenta y ocho horas por lo ménos, puesto que, aparte los dias 25 y 26, en los que gritaron, insultaron á la autoridad, la atropellaron y

perpetraron el delito de lesiones graves, todavía en los últimos del mes cometieron otros daños.

Es decir, que la ofuscacion, la obcecacion, el arrebato fueron tales, que ni todas las disposiciones adoptadas por las autoridades, ni sus consejos, ni sus intimaciones, ni seis noches intermedias, tranquilamente dormidas, lograron aplacarlos.

¿Y es esta, por ventura, la circunstancia atenuante de la ley?

Confesamos ingénuamente que si el Tribunal Supremo no lo hubiera dicho así, quizás, quizás incurriríamos en el error de confundirla con la agravante de premeditacion, por más que en nada se parezcan.

Prescindiendo de esto, y ante todo, al Tribunal mismo apelamos, á fin de preparar con más acierto la contestacion á la pregunta.

«Para poderse apreciar la circunstancia atenuante de obrar, en la ejecucion de un delito, por estímulos tan poderosos, que produzcan arrebato y obcecacion, que es la 7.ª del art. 9.° del Código penal —dijo en sentencia de 10 de Abril de 1872—no basta cualquier motivo, que pueda producir desagrado ó disgusto al que ejecuta el hecho punible, sino que tal motivo sea poderoso, como expresa la ley, para producir perturbacion del ánimo.»

«..... ni cabe apreciarse su existencia —segun sentencias de 10 de Julio y 19 de Octubre del mismo año— cuando no solo no se desprende de los hechos probados, *sino que de ellos aparece la premeditacion y calma, con que se efectuó el delito*, ni cuando las cuestiones acaloradas, causa del arrebato, fueron suscitadas por el delincuente.»

¿Pero á qué insistir en esto?

Arrebato y obcecacion.

Ambas palabras se explican por sí mismas.

El arrebato, en la acepcion de la ley, de acuerdo con la Academia, es un arranque violento, precipitado, veloz é impetuoso; un movimiento de furor, producido por alguna pasion ó afecto vehemente, que, en un momento dado, perturba la inteligencia y ofusca la razon.

La obcecacion equivale precisamente á esa misma ceguedad ú ofuscacion de los sentidos, que supone ó significa el arrebato.

Claro es, por consiguiente, que los impulsos, de donde este ó aquel han de surgir, sobre ser tan poderosos, que desde luego y sin vacilacion den á conocer motivos suficientes, para que se hayan producido, no pueden, por su misma naturaleza, ir más allá de la ocasion, en que el acto sugerido por ellos se practica, ni dilatarse este y la impetuosidad del arranque hasta el punto de hacerse incompatibles.

Los movimientos de esta clase, que el furor ó una pasion vehemente suelen producir, suponen siempre una causa inmediata; pero es imposi-

ble desconocer que, á medida que esta causa se aleja, parece, y es lo natural, que la irreflexion y ofuscacion del momento dejen su puesto á la razon; y si la razon tiene tiempo para ello y llega á interponerse entre la obcecacion y el delito, la atenuacion desaparece.

Es lo mismo que dijimos, al tratar de la provocacion inmediata; lo que acerca de este extremo ha venido diciendo el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, y repitió en la de 26 de Abril de 1872, estableciendo: que los estímulos para producir arrebato y obcecacion han de ser poderosos, al tiempo de ejecutar el hecho, *sin que pueda admitirse ni racional ni legítimamente, que siendo anteriores conserven su gravedad é influencia en la accion, caso de no tenerla*; *puesto que dado el trascurso de tiempo, falta la razon de la ley para la atenuacion*, que es la de suponer que la inteligencia del agente, cuando delinque, se halla perturbada.

Es, por lo tanto, indispensable, para que pueda apreciarse la circunstancia 7.ª del art. 9.° del Código, que no por motivos livianos, sino por muy fuertes y poderosos estímulos, se produzca en el corazon del culpable ese arranque violento é impetuoso, bajo cuya irresistible influencia, que es necesariamente de los primeros momentos, de la primera ó segunda hora, si se quiere, pero que no puede dilatarse á más, comete el hecho prohibido.

Eso de conceder al arrebato ú obcecacion treguas de uno, de dos ó de más dias, para que luego pueda servir de excusa al crímen, vendria á suponer, como hemos indicado antes, una especie de premeditacion disfrazada, que está muy lejos, por cierto, del espíritu y del objeto de la ley.

Los estímulos han de ser tambien legítimos.

Puede producir arrebato la indigencia —como dijo el Código de 1822— y será seguramente circunstancia atenuante para el padre, que vé morir de hambre á sus hijos, y hurta ó roba un pan para darles de comer; pero no si va más allá, en el delito, de lo que el hambre de sus hijos y su indigencia le reclaman.

El amor lícito, en un momento de sobrescitacion mental, motivada por los celos, puede tambien excusar un acto justiciable, ocasionado por los mismos.

Eso, no obstante, de que hayan de atenuar la responsabilidad de los delincuentes circunstancias, que deban su orígen á hechos, á su vez punibles ó en bastardas pasiones engendrados, como acerca de este mismo particular dijimos en nuestro *Tratado de derecho criminal*; eso de que la responsabilidad del amante adúltero, por ejemplo, que hirió ó dió muerte al marido de su amada, disminuya, en consecuencia de los celos,

que le arrebataron y ofuscaron, es una doctrina fatal, que debe combatirse á todo trance.

Ni el Código vigente ni los anteriores han aceptado, ni ningun Código del mundo puede aceptar, como circunstancia atenuante de un delito, la existencia anterior de otro diferente; ni caben el arrebato y obcecacion, ni son legítimos, ni han de aceptarse, como justos y naturales, sino cuando nacidos de nobles pasiones, disculpables por lo ménos, no significan una inmoralidad mayor, sobre la inmoralidad propia, que llevan consigo todos los delitos.

Dicho cuanto sobre la circunstancia atenuante 7.ª del artículo 9.° del Código hemos creido suficiente á nuestro objeto, volvamos la vista atrás por un momento.

La Sala segunda del Tribunal Supremo, en el proceso por delito de sedicion, de que más arriba hicimos mérito, al dictar su sentencia —19 de Mayo de 1874— declarando no haber lugar al recurso, condenó en las costas al Ministerio fiscal, que lo interpuso.

Y no hubo de faltar quien, tomando de aquí ocasion, motivo y pié; considerando de gran importancia jurídica hacer notar que esa misma condenacion, que comprende los honorarios devengados por los abogados y peritos, y gastos originados en la instruccion de las causas, habia tenido lugar en otras muchas ocasiones, y observando que, segun el artículo 119 de la ley de Enjuiciamiento criminal, el Ministerio fiscal puede ser condenado en las costas, en casos *de temeridad ó mala fé notorias,* concluyó con la idea, pregunta ó duda, de si esta última habia sido la razon de tales condenaciones y si se hallaban comprendidas en el artículo 47, seccion segunda, título 3.°, libro 1.° del Código, que habla de las penas.

Con la mayor sinceridad, por motivos, cuya ampliacion no son de este momento, atendida la base del plan, en que la expresada ley descansa, lamentamos lo inconveniente, lo ocioso, lo inútil, es más, lo contraproducente del último período del segundo párrafo del número 3.° del artículo 119 de la misma.

Dentro de ella, sin embargo—pues que escrito fué de esa manera y en tanto no se borra—si el caso, no muy verosímil, llegase de una indispensable condenacion al Ministerio fiscal, por temeridad ó mala fé notorias;

al Ministerio fiscal, que ni tiene ni puede tener, en el ejercicio de sus funciones, otro norte que su conciencia, ni otro fin que la imparcialidad y la justicia, ni más norma que la ley, que representa; si llegara ese caso—estamos por decir casi imposible—el tribunal sentenciador tendria necesidad de expresar y consignar ámpliamente la razon de la misma, que ni en ocasion semejante ni en otra alguna seria pena.

Las penas, en primer lugar, ha de sufrirlas aquel, á quien se imponen, y seria contradictorio, y seria irregular, y seria anómalo, que cuando el Ministerio fiscal fuese el condenado, otro que no él, segun el párrafo 2.° del art. 126 de la precitada ley, sufriese la condena.

Hemos dicho que tal disposicion es contraproducente y estamos obligados á probarlo.

Cuando á los efectos de la acusacion pública, tanto alcance y amplitud concede la ley al Ministerio fiscal, desde luego se comprende que no sólo viene á resultar de ella, en la parte ó período, que combatimos, la inconveniencia de someter directamente á sus funcionarios á las apreciaciones de los jueces, que han de hacer la declaracion, hiriendo su independencia, reconocida siempre y en toda ocasion, como un principio indispensable; sino que hasta ese espíritu de libre iniciativa, ese carácter de propia inspiracion, que les corresponden, quedan *ipso facto* cohartados y subyugados ante el temor posible—sosteniendo con verdadera buena fé lo que en su conciencia es la justicia—y ante la natural, precisa idea de incurrir en una condenacion, que rebajando, sin resultado alguno práctico, sus tan elevadas funciones, sólo puede ocasionar ó producir su desprestigio.

Pero no es esta la cuestion, ni bajo tal punto de vista ha podido examinarse ni cabe discutirse.

Muy lejos de todas esas aparentes dudas, que, por más que no del todo lo parezca, podrán tener, en quien las promueve, objeto muy laudable, la resuelve la misma ley de Enjuiciamiento criminal en el párrafo 2.° de su art. 482, determinando que si la Sala no estimase la infraccion, declarará *no haber lugar al recurso* y condenará en las costas al recurrente.

Y como el Ministerio fiscal, en cumplimiento de su deber, ya porque estima cierta la infraccion que alega, ya porque considerando dudoso un punto importante de derecho, trata de que, por medio de una decision suprema, se establezca y fije acerca de él la mejor jurisprudencia, está muchas veces obligado á ser el recurrente y no en todas ellas su opinion y su doctrina prevalecen; de aquí, que bajo este concepto, y no de otra manera, la condenacion reze con él, sin que ni remotamente se le pueda argüir por ella de temeridad ó mala fé.

La mala fé y la temeridad son incompatibles con la imparcialidad del representante de la ley, y el párrafo 2.° del núm. 3.° del art. 119 de la de Enjuiciamiento criminal—volvemos á decirlo—en lo que al Ministerio fiscal toca y concierne, es contraproducente, anómalo y ocioso.

Definidas, sintéticamente y en concreto, las circunstacias atenuantes, al tenor de los siete números, ya explicados, del art. 9.° del Código, todavía se les ha dado, en el mismo, más alcance y extension, diciéndose en su disposicion final—núm. 8.°—que lo es tambien por analogía cualquiera otra de igual entidad, que á las mismas pueda equipararse.

El legislador ha comprendido que, además de los ya citados, son verosímiles otros motivos de atenuacion, no fáciles, sin embargo, de prever y definir; pero que pueden respectivamente surgir de cada caso, y para su apreciacion ha establecido esa fórmula general, dentro de la cual caben todas las eventualidades, que, por su analogía y entidad, se hallan en parecidas condiciones.

Y como quiera que para estimar su valor relativo, no le ha sido posible establecer reglas fijas, que lo determinen; refiriéndose á sus anteriores disposiciones y señalándolas como la mejor medida y más ajustada, para su regulacion y apreciacion, las ha fiado á la prudencia, rectitud y discrecion de los tribunales, que habrán de decidir cada caso, con vista de todos los antecedentes necesarios.

No caben, pues, ejemplos prácticos, respecto de este punto, ni reglas absolutas para resolverlo, ni otro criterio que el de la rectitud del juzgador, basado en la justicia—alguna vez en la equidad—por medio del cual el verdadero valor de la circunstancia, que se acepta, sea, en lo posible, semejante ó parecido al valor de aquella otra, con que por analogía se iguala ó se compara.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

Diferencias notables, y de no escasa importancia, se observan entre algunos de los veinte y tres números, que, así en el Código reformado de 1870, como en los anteriores de 1848 y 1850, fijan y determinan los motivos de agravacion en los delitos.

Por de pronto, insistimos en la oportunidad y conveniencia de excluir ó eliminar del art. 10 del hoy vigente, el *primero y quinto*, puesto que tratan de circunstancias especiales, que lo mismo pueden servir para agravar, que para atenuar la responsabilidad de los culpables.

Por esto fué que, al ordenar y sintetizar, en los primeros fólios de este libro, las materias que comprende y abraza todo el Código, para estudiarlas luego y definirlas cada una de por sí, segun venimos practicando, las incluimos, apartándonos en ello de la ley, bajo el epígrafe de *circunstancias mixtas*, cuya clasificacion nos pareció más propia y dentro de la cual las examinaremos despues por separado.

Hecha esta indicacion, entremos á explicar la alevosía.

No hemos de ocultar, ante todo, que á nuestro modo de ver, la definicion que de ella daba el Código de 1850, igual á la de el de 1848, con ser mucho más breve que la de 1870, era más clara y más precisa.

Dijeron aquellos:

Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay, cuando se obra á traicion ó sobre seguro.

Con estas dos últimas palabras se explica el pensamiento de la manera más perfecta.

A buen seguro, que al learlas, haya quien dude, ni quien no entienda lo que tanto, en el sentido jurídico como en el estilo vulgar, expresan y suponen.

Hay alevosía—dice el de 1870—*cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos ó formas en la ejecucion, que tiendan directa y especialmente á asegu-*

rarla, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

Para estudiar y apreciar con el necesario acierto esta definicion, citemos primeramente un hecho.

En el juzgado del distrito del P.... territorio de la Audiencia de Z.... se siguió causa contra Higinio Lopez y Diego Salazar por delito de lesiones, inferidas á Pedro Aguilar Nuñez, siendo de noche y en ocasion de marchar éste por el sitio llamado de la Paul, camino del pueblo de Truera.

Saliéronle ámbos procesados al encuentro, le detuvieron, le insultaron, se trabaron de palabras y en esta situacion, despues de haberlo atado, mientras el uno se colocó á la distancia conveniente, por si alguien se acercaba, sacó el otro su navaja y le produjo determinadas lesiones, repitiéndole á cada una, que aquello hacía para que le quedase, mientras viviera, memoria de su nombre.

Se trata, pues, de un delito contra las personas, en cuya ejecucion, á fin de asegurarla, los delincuentes se valieron directamente del medio de atar al ofendido, con que evitaron todo el riesgo, que hubiera podido proceder de su defensa.

Nadie podrá negar que el hecho constituye uno de los delitos comprendidos en el capítulo 7.°, tít. 8.°, lib. 2.° del Código; pero nadie podrá sostener que, en la pura acepcion de la palabra, hubo en su ejecucion alevosía.

Preciso es, por lo tanto, convenir en que estando dentro exactamente de todas las condiciones de la definicion de aquella, segun el Código de 1870, no le es, bajo ninguno de sus conceptos, aplicable.

La ley moderna lo llama indudablemente á sí, como alevoso.

El hecho, sin embargo, por sus circunstancias propias, que no son las que constituyen la alevosía, se echa fuera de la ley, que, en efecto, no puede alcanzarle.

Pero supongamos el suceso de otro modo y comparemos.

No fué que Higinio Lopez y Diego Salazar salieron al encuentro de Aguilar, le detuvieron, le insultaron y le ataron; no fué que en este estado de mayor seguridad lo maltrataron: fué que ámbos tenian con él resentimientos personales; fué que sabian por dónde habia de pasar aquella noche, y con la idea preconcebida de vengarse, armados de trabucos, se emboscaron detrás de un vallado, próximo al camino, y lo esperaron: fué que, al verle pasar, lo dejaron ir, y á los pocos pasos, le dispararon por la espalda y le hirieron gravemente.

Nadie podrá desconocer que, en este caso, el delito, además de las

circunstancias genéricas, suyas propias, entre ellas la de premeditacion, se hizo más grave por la de traicion ó sobreseguro, con que se llevó á cabo, la cual hubo de constituir precisamente la verdadera alevosía.

Dice el Código de 1870, que ésta sólo cabe y puede darse en los atentados contra las personas.

¿Y para qué decirlo?

¿No se explica ello por sí mismo? ¿Puede darse ó cabe contra las cosas?

Pues si esto es así, si los medios, modos ó formas, que tienden á asegurar su ejecucion, sin riesgo, para la persona del culpable, que proceda de la defensa, que pudiera hacer el ofendido, son un rodeo que dá la definicion del Código de 1870, para ir precisamente á parar á la definicion de el de 1850, tan clara y tan sencilla, desde luego nos parece la de este último más conveniente y preferible.

Hay alevosía, cuando se obra á traicion ó sobreseguro.

Analícese la definicion de 1870, en todos sus detalles; examínese bajo el punto de vista de todo su interés jurídico; búsquense todas sus eventualidades y llévese el resultado á la de 1850, y fácilmente se comprenderá cómo, en tan brevísimo concepto, se encuentra discretamente condensado cuanto en aquella se ha querido explicar con una fórmula más ámplia.

Si hubiéramos de tomar, como orígen de estas explicaciones, nuestras antiguas leyes pátrias, no podríamos concretarlas de un modo tan absoluto á esa locucion, que siendo tan precisa, no es más que una frase.

La alevosía, que es la perfidia, la infidelidad ó maquinacion cautelosa de uno contra otro, no tenia, segun la ley 1.ª, tít. 2.° de la 7.ª Partida, igual significacion que la traicion.

Era traicion, cuando la falta de lealtad se referia al monarca: era alevosía, cuando en el hecho punible se atacaba á cualquiera otra persona.

Delito de alta traicion se entendió siempre aquel que contra el soberano ó su soberanía se ejecutaba.

Andando el tiempo, la significacion de una y otra palabra llegó casi á confundirse; porque si bien es verdad que, hablando del homicidio, dijo la ley 2.ª, tít. 21, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, que el que matase *á traicion* perdiera todos sus bienes y el que lo hiciese *con alevosía* solamente la mitad, de que parece inferirse diferencia cierta entre las dos, ello es que esa misma ley y las siguientes 3, 10 y 12, las usan indiferente y alternativamente, para designar el que se comete en riña ó guerra ó fuera de pelea.

Guet-a-pens, dice la legislacion francesa, del hecho pensado, de la

muerte alevosa, de aquella, que se ejecuta por medio de acechanza ó emboscada.

Y es tambien el caso, dentro de ella, que segun los arts. 296, 297 y 298 del Código de 1791, la alevosía supone la premeditacion; deduciéndose de los mismos, y no sin razon seguramente, que cuando aquella existe, ésta se ha de sobrentender por precision: de tal manera, que si se dice que un homicidio es alevoso, pero que no es premeditado, resulta una contradicion, que no cabe dentro de los caractéres esenciales de una y otra.

Esto no quita para que aparezcan por separado y separadamente se definan; no tanto porque la alevosía—*guet-a-pens*—en la mayoría de los casos, no suponga implícitamente la premeditacion, sino porque pueden darse muchos otros de premeditacion, sin que á la vez lo sean de alevosía.

Nuestros Códigos modernos, como no podia ménos de ser, las han considerado tambien dos distintas circunstancias de agravacion y han dado un lugar distinto á cada una.

Y es la verdad, acerca de esto, que tanto se pueden presentar ocasiones de premeditacion sin alevosía, como de alevosía sin premeditacion, siquiera en lo alevoso sea la confusion más verosímil.

Pero si la alevosía ha venido al art. 10 del Código, como mera circunstancia agravante y así genéricamente ha de entenderse, hay un delito, sin embargo, entre todos los demás, que aquel castiga, que no ya en tal sentido, sino como de agravacion especial ó cualificativa ha de apreciarse.

La muerte de un hombre, que en cualquier otro suceso y bajo el concepto de homicidio, habria de comprenderse en el art. 419 de aquel, se convierte en *asesinato*, si se ejecuta con alevosía, y en este concepto le es aplicable, como crímen cualificado expresamente, el 418 y lleva consigo mayor pena.

Por lo demás, volvemos á decirlo con el Código de 1850: siempre que se obra *á traicion ó sobre seguro*, se entiende que hay alevosía.

Optamos, pues, por esa elocuente fórmula, que lo dice todo, que abraza en uno los dos conceptos antiguos, porque hoy son ya uno solo, y explica de una manera tan concisa como perfecta el pensamiento de la ley.

Al tratar de la alevosía, hemos escrito una palabra, que no se leia en los Códigos de 1848 y 1850, y que, en su genuina acepcion, es la más propia.

Nos referimos al *asesinato.*

El asesinato, así como el parricidio, con ser la muerte del hombre por el hombre, no es el homicidio.

Desnudo este de toda circunstancia especial de agravacion, se diferencia precisamente de aquellos en las circunstancias especiales, que los determinan, como explicaremos, cuando directamente hablemos de ellos.

El Código de 1850, en el cap. 1.° de su tít. 9.°, lib. 2.°, bajo el epígrafe de homicidio, comprendia, en primer término, el parricidio; definia despues el que se conocia con el nombre de homicidio cualificado, que es cabalmente el asesinato y marcaba en sus arts. 332 y 333 las diversas condiciones, que entre ellos existian.

El de 1870 consagra respectivamente los tres primeros capítulos de su 8.° tít. al parricidio, al asesinato y al homicidio; separacion que nos parece muy acertada y conveniente.

Segun el de 1850, era homicidio cualificado el ejecutado con alevosía, por precio ó promesa remuneratoria, por medio de inundacion, incendio ó veneno, con premeditacion conocida, ó con ensañamiento; á diferencia del simple homicidio, que no llevaba en sí la agravacion cualificativa de tales circunstancias.

Estas mismas son, en el de 1870, las que constituyen el asesinato.

La palabra *asesino*, que tiene un orígen muy antiguo, como que, segun su etimología, procede del nombre de aquellos criminales, habitantes en los montes de la Fenicia, cuyo alevoso puñal compraban los sarracenos contra los príncipes cristianos, vino más tarde á las leyes de Partida, sin que despues se trasmitiera á las de la Novísima Recopilacion, donde solamente las circunstancias de los hechos respectivos marcaron su índole y determinaron su carácter.

Asesinos, dijo la ley 3.ª, tít. 27 de la Partida 7.ª, de los hombres desesperados y malos, que á traicion mataban á otros hombres; añadiendo despues, que estos tales asesinos y los que matasen á otros por algo que les diesen, debian morir por ende.

La ley 2.ª, tít. 21, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, prescindiendo de esa palabra específica, que agrava ó cualifica el crímen y despues de citar el homicidio aleve ó á traicion, advertia, que todo hombre que hiciese muerte segura, incurria en caso de alevosía; diciendo y teniendo por segura toda muerte que no fuese hecha en pelea ó riña.

Este es, en sustancia, el espíritu de los Códigos de 1848, 1850

y 1870, uno mismo, idéntico, en los tres; aquellos dos primeros, cualificando el homicidio, por medio de las cinco circunstancias antes indicadas y este último colocándolo, como asesinato, dentro de las mismas.

Dicho esto, bien cuadra ahora en este sitio, como eslabon de una cadena que se enlaza á otro eslabon, la observacion final, que respecto de la alevosía dejamos hecha, en aquello de que con ser circunstancia agravante genérica de todo otro delito, en el homicidio surte ese otro efecto especial, de que acabamos de hacer mérito; y tan á punto y tan al caso viene, cuanto que trae consigo otra observacion igual, por lo que hace á la tercera de esas mismas circunstancias agravantes genéricas, que el artículo 10 del Código señala.

Cometer el delito—dice—*mediante precio, recompensa ó promesa.*

Si en cualquiera otra ocasion la promesa, la recompensa ó el precio agravan genéricamente un crímen, cuando este crímen es el de homicidio, lo elevan á mayor categoría, resultando el *asesinato*, segun en el número 2.° del art. 418 se establece.

Dadas las condiciones de todos los delitos de esta clase, odiosos y repugnantes á cual más, todavía la repugnancia y la odiosidad crecen en ellos, cuando por el interés del oro ó por cualquiera otra promesa remuneratoria se cometen.

No hay hombre más vil y despreciable, que aquel que alquila su brazo y su puñal ó ajusta y vende su destreza, su fuerza ó su valor, para privar á otro de la vida.

A los ojos de la sociedad, dentro de las máximas mismas de la religion y segun los sentimientos más íntimos de la naturaleza, estos no pueden ser considerados como hombres, sino como hediondos mónstruos, indignos siempre y en toda ocasion de misericordia y de piedad.

Se comprende, hasta cierto punto, que uno mate á su enemigo, arrastrado por un sentimiento irresistible de venganza personal; acechándole, meditando la manera de matarle, acometiéndole por la espalda y aumentando luego y deliberadamente su dolor: lo que no se comprende es que esto mismo lo haga un hombre á sangre fria, contra otro hombre, á quien nunca ha visto y que en nada le ha ofendido.

De todos los asesinatos, todos horribles é inmorales, este es, en nuestro concepto, el más horrible, el más inmoral, el que más alarma produce y más afecta el órden público,

Donde la muerte de un sér humano es materia de un contrato; donde las puñaladas se ajustan y, segun su entidad y su número, se aprecian y se pagan; donde el herir ó el matar es para algunos objeto de especu-

lacion y lucro, ó la perversion de los sentimientos cristianos por el crímen y el descreimiento y la inmoralidad han llegado ya á su último extremo ó la ley penal carece de eficacia.

Afortunadamente para nosotros, no es nuestro país el que más figura en ese sangriento cuadro universal de los asesinos por dinero; de los verdugos, que para matar ó para herir, se alquilan ó se venden.

Dada, pues, esta excepcion, con relacion al homicidio, extensiva tambien á los que se cometan por medio de inundacion ó veneno ó con premeditacion conocida ó con ensañamiento—indicacion que aquí hacemos, ya que de ello hablamos, para excusar despues análogas repeticiones—dada esta excepcion, la circunstancia tercera del art. 10 del Código, aplicable á cualquiera otro delito, es de suyo fácil y no necesita detenida explicacion.

Entiéndese por *precio* el valor pecuniario, en que se estima alguna cosa: dícese *recompensa*, de la remuneracion, gratificacion ó retribucion de algun servicio: es *promesa* la expresion de la voluntad de dar ó ejecutar algo por otro.

La combinacion, que hace el Código de esas tres palabras, *precio, recompensa y promesa*, viene á demostrar que así puede consistir el precio de un crímen en una cantidad, más ó ménos alta, como en cualquiera otra obligacion, de presente ó de futuro, como en cualquier objeto determinado, llenando en cualquiera de los expresados conceptos el pensamiento de la ley.

Por más que, en su acepcion propia, el precio haya de referirse directamente al metálico, no cabe negarse que su significacion está dentro de la recompensa, como esta se halla dentro de las condiciones de aquel; pudiendo usarse indistintamente, sin que por ella se desvirtúe el valor relativo de ambas frases.

Tanto se paga un servicio como se recompensa con dinero: tanto puede ser recompensa ó precio del mismo una finca, como un mueble ó una alhaja: tanto implica, dentro del Código, á los efectos de la agravacion del hecho, el «toma y mata» como el «mata y te daré.»

La promesa, en este último caso, como la recompensa ó el precio, en aquel otro, van directamente al mismo fin.

Nada más parece, por lo tanto, que cabe decirse acerca de esto, para que bien se entienda y se comprenda; no creyendo tampoco necesaria una observacion, que respecto del particular hace el ilustrade comentarista Sr. Pacheco, en nuestro concepto, de todo punto ociosa.

No es posible que los tribunales confundan una vez siquiera, como hubo de indicar, para evitarlo, la recompensa que uno ofrece á otro, por la ejecucion del crímen, que bajo tal concepto le propone, con las ven-

tajas propias del hecho, que ha de reportar del mismo el delincuente; esto es, el estafador con el importe de su engaño, el ladron con los efectos que ha robado.

Esta no es la recompensa del inductor para con el inducido, circunstancia agravante, que el Código señala; es precisamente el provecho, que nace de la accion criminal, que por cuenta propia se ejecuta; el lucro, objeto del delito, el móvil á que obedece, su razon de ser, sin relacion á otra persona, que dé, pague ó prometa.

El incendio, la inundacion, el veneno, empleados como medio de cometer un delito, significaban tambien en los Códigos de 1848 y 1850 otra de las circunstancias agravantes comprendidas en los mismos.

En idéntico sentido, aunque con una muy considerable ampliacion, se registra en el de 1870, siendo indispensables algunas líneas, por vía de discusion ó explicacion, acerca de ella.

Dice de este modo:

Ejecutarlo por medio de inundacion, incendio, veneno, explosion, varamiento de nave ó avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora ó del uso de otro artificio ocasionado á grandes extragos.

Cuando despues de examinado, en esta parte, el texto literal del Código, avanzamos en su estudio, y fijándonos en la circunstancia tercera de su art. 418, llegamos á los casos previstos y penados en el cap. 7.°, título 13 de su segundo libro, no podemos ménos de dudar algun momento, respecto de la combinacion legal y posible conciliacion entre los mismos y la circunstancia agravante, que acabamos de citar; puesto que vienen á señalarse dentro de esta, los que precisamente dentro de aquellos suponen y significan los crímenes más graves.

Si el incendio, como tal incendio, si la inundacion, como tal inundacion, en la esfera de los hechos inmorales y de más alta trascendencia, determinan por sí mismos para sus autores las penas más severas ó casi más severas de la ley, ¿cómo se ha de entender que agrava un delito, lo que es en sí, dentro de sus circunstancias propias, el delito mismo?

Si el veneno, cuya aplicacion más usual, en la esfera de los crime-

nes, se refiere á las personas, cuando causa la muerte de alguna, constituye el asesinato, por aquello de suponer la más negra, la más vil, la más cobarde de las alevosías, ¿cómo una vez penado, al tenor de esa su misma índole, más grave y más odiosa, se ha de considerar tambien como una circunstancia —ya especialmente apreciada— para más todavía agravar y alzar la pena?

¿Puede acaso una sola circunstancia producir dos efectos, uno de agravacion mayor, otro de agravacion menor, para un mismo delito?

Y en este mismo concepto, si el varamiento de una nave, causado de propósito y la explosion de una máquina de vapor, ó de una mina, y el descarrilamiento de locomotora, y el uso de cualquiera otro medio ó artificio ocasionado á grandes extragos, tienen su sancion penal expresa, clara, precisa y terminante en el art. 572 del Código, ¿se habrán de considerar como circunstancias agravantes de sí propios?

No es, no ha podido ser este el pensamiento del legislador, ni semejante objeto, en esta parte, tiene el Código,

Ejecutar el delito —dice— *por medio de*....., esto es, ejecutar otro delito, para con el cual vaya á servir de agravacion el de incendio ó el de inundacion, ó el de varamiento de nave, de que su autor se haya valido para cometerlo.

Pero si esto hubiera de entenderse de este modo, la pena imponible podria estar en tres lugares distintos del Código, lo cual es imposible.

Pena por el delito en sí; pena ó agravacion de la misma, por la circunstancia 4.ª del art. 10; pena ó agravacion, todavia mayor, segun el 90, por tratarse de un delito, que por medio de otro se ha llevado á efecto.

La explicacion legal de todo ello, sin embargo, nos parece muy sencilla.

Citemos para su mejor inteligencia un hecho práctico.

A unos cinco kilómetros de la ciudad de V..., por la parte al Sur, camino de la playa, se distinguia, entre un espeso bosque de algarrobos, una pequeña quinta ó alquería, habitada á la sazon por un matrimonio, cuya paz, antes envidiable, se habia convertido recientemente, con motivo de los celos, en una guerra contínua é insufrible.

Desgraciadamente, el marido no se habia equivocado en sus sospechas.

Las noticias, que primero adquirió por un anónimo, sus observaciones luego, y los frecuentes indicios, que sucesivamente se fueron ofreciendo ante sus ojos, siquiera alguna vez, por su misma pasion exagerados, llevaron, como cosa cierta, á su ya ofuscada imaginacion, la idea de que el hijo mayor del marqués de....., residente en la ciudad, iba todas las mañanas á su quinta, aprovechando las horas de su obligatoria

ausencia, para ver á su mujer, con la cual supuso que debia tener relaciones amorosas.

De dia en dia aumentaban las sospechas de Luis Fournier, que era el marido; de dia en dia crecian tambien su exacerbacion y su furor; de dia en dia los atropellos, insultos y malos tratamientos á Inés Lujan, que era su mujer, iban en aumento.

Quejábase esta con frecuencia de tan amargos sufrimientos á su amante, jóven de carácter díscolo y soberbio, y que en realidad estaba ciego de amor por la Luján, cuyos contínuos sollozos, cuyas ardientes lágrimas tanto le enternecian y afligian, para con ella, como le irritaban y le hacian encender en ira respecto á Fournier, cuya existencia se le comenzaba á hacer intolerable.

Grande es la facilidad con que, una vez dado el primer paso, se va de un crímen á otro crímen.

En medio de aquella calenturienta agitacion, en que por razon natural vivian constantemente Luis Fournier, Inés Luján y el hijo del marqués, cada cual en su respectiva situacion; desesperado y aburrido este último, concibió la funesta idea de deshacerse del primero.

Nada dijo, sin embargo, á su amada de tan bárbaro proyecto, que, acariciado en su pensamiento, y combinado con los medios más seguros de su impunidad, resolvió al fin llevar á efecto.

Una vez conseguido que bajo el pretexto del proceder violento del marido —discurria en su acalorada imaginacion— Inés se refugiase por algunos dias en la casa de su madre, que residia en el pueblo de C....., inmediato á la ciudad, nada más fácil que prender fuego una noche á la alquería, en ocasion de hallarse aquel dormido, con que impidiendo ó estorbando su salida, no podria ménos de sucumbir, haciendo despues porque el caso apareciera como un incendio casual.

—Te prometo diez mil reales, la mejor de mis escopetas y el mejor de mis caballos, —dijo un dia el hijo del marqués á Pablo Inclán, criado de Fournier— revelándole su intencion y su deseo —doce mil... catorce mil... lo que quieras, si me ayudas.

Y Pablo Inclán aceptó el precio ó la recompensa del crímen, que el hijo del marqués le proponia.

Pocos dias despues, instigada por su amante, aunque sin conocer ni sospechar la causa de su empeño, Inés Luján se marchó á la casa de su madre, implorando al propio tiempo la proteccion y amparo del alcalde.

Tomó, por lo tanto, la contienda entre ambos cónyuges carácter judicial, y mientras se resolvia, que era larga de resolver, Fournier dormia solo en la quinta.

En esta situacion la quinta ardió una noche.

Y fué, por cierto, el caso que, aunque el criado Pablo Inclán corrió á la ciudad pidiendo auxilio, esto hizo, estando ya aquella casi consumida por las llamas; de tal modo, que cuando las campanas sonaron, y la autoridad llegó, no más se veia que un monton de escombros, de entre los cuales se logró extraer á la mañana siguiente, no sin grande esfuerzo, el cadáver todo carbonizado de Fournier.

Instruido el oportuno procedimiento, dió por resultado la averiguacion del crímen, con la circunstancia de haber sido complicada en el mismo Inés Lujan, como sospechosa; si bien se demostró en breve su inculpabilidad y se sobreseyó respecto de ella.

Quedaron, por consiguiente, Pablo Inclán, de quien fué la parte inmediata y principal para su ejecucion, y el hijo del marqués, inductor directo; ambos autores y en igual grado responsables.

Al definir ahora y calificar el hecho, hemos de prescindir de las sentencias dadas en las tres instancias—no se habia establecido todavía el recurso de casacion criminal—porque las tres se hubieron de dictar con poco acierto.

Veamos, pues.

Crímenes cometidos, dos: el incendio y el homicidio.

Hecho determinante, el incendio: delito fin, el homicidio; medio adoptado para ejecutarlo, el incendio.

Autor por induccion directa, el hijo del marqués; autor como ejecutor inmediato, por precio ó recompensa, Pablo Inclan.

Ahora bien: ¿el incendio, delito medio para cometer el homicidio, delito fin, debió haberse estimado como circunstancia que agravase la penalidad correspondiente á este último, que era el principal? ¿El homicidio y el incendio fueron dos delitos, producto de un solo hecho, ó medio necesario el uno para cometer el otro, cuya verdadera agravacion en ambos casos hubo de consistir en elevar al grado máximo la pena del más grave?

En esto hay que establecer una distincion importantísima, puesto que ella resuelve la cuestion bajo todos sus aspectos.

En el caso que acabamos de exponer, el incendio, delito medio, fué el que convirtió el homicidio en asesinato, delito fin; llevándolo precisamente á la circunstancia 3.ª del art. 418 del Código.

Luego, segun esta teoría, no hubo más que un asesinato, determinado por la forma constitutiva de su ejecucion y sujeto, para los efectos de la penalidad—prescindiendo del incendio—á las demás circunstancias atenuantes ó agravantes que pudieron apreciarse: luego no hubo más que un hecho con la doble significacion de dos delitos; luego el asesinato, lo fué todo.

Simplificado así el crímen y reducido en sus dos diversos detalles á un solo acto justiciable, claro es que, para la apreciacion de las demás circunstancias genéricas, habrá de seguirse la marcha y el órden que se sigue en cualquiera otro delito.

Pena del asesinato: de cadena temporal en su grado máximo á muerte.

Circunstancias atenuantes en favor del hijo del marqués, ninguna: agravantes, la décima quinta del art. 10, por haberse aprovechado de la noche; pena imponible, al tenor de la regla primera del art. 81, la mayor.

Esta misma era la situacion del criado Pablo Inclan, quien tenia además contra sí la de haber ejecutado el crímen por precio ó recompensa; circunstancia que si, en cualquiera otro caso de homicidio, habria constituido la cualificativa 2.ª del citado art. 418, en el que hemos referido, por no tener ya objeto en tal sentido, solo supuso la 3.ª de las que genéricamente agravan los delitos.

Todavía, para mayor ampliacion y más claridad, pongamos otro ejemplo.

Una cuadrilla de malhechores asalta la estacion de V..... en el ferrocarril del Mediterráneo, sorprende y sujeta á los empleados de la misma, levanta los raills de la via, en toda la extension necesaria, para que descarrile el tren, que de Valencia ha de llegar poco despues y se coloca al acecho de esta ocasion, á fin de aprovechar el momento, en que se verifique el siniestro y robar á los viajeros.

El tren llega, en efecto, y descarrila.

Los salteadores entonces, trabuco en mano, se echan sobre aquellos, los hacen permanecer encerrados en sus coches, con amenazas de muerte al que se mueva y concluyen por despojarles del dinero, que llevan, y de cuanto encuentran en los equipajes, que pueda convenirles.

Hé aquí una série, no interrumpida, de acontecimientos, que sucesivamente se han ido desarrollando, desde el asalto á la estacion hasta el robo de los pasajeros, que no constituyen más que un hecho.

Este hecho, sin embargo, ha producido dos delitos, previstos y castigados en el Código: el levantamiento de los raills en una via férrea y el robo de los viajeros, que iban en el tren.

Pues si este segundo, que fué el delito fin, se ha de castigar como tal delito de robo, sin más agravacion que la genérica 4.ª del art. 10, como tal agravacion, toda vez que se ha ejecutado por medio del descarrilamiento de una locomotora, vendrá á suceder que este mismo descarrilamiento ó levantamiento de raills, que por sí propio constituye un de-

lito independiente, pero que no puede tener dos caractéres en un mismo proceso, ni suponer dos penas diferentes, quede impune.

Esta impunidad, no obstante, dada la certeza del hecho justiciable, podria significar, cuando ménos, una mala inteligencia ó interpretacion equivocada de la ley.

Demos por supuesto que, para evitarla, se castiga á los culpables por el descarrilamiento con la pena á que se refiere el art. 572 del Código, en su grado medio, por no haber concurrido circunstancias apreciables genéricas de atenuacion ó agravacion, y luego y además, por el robo, con la que al mismo corresponde, imponiéndola en su grado máximo, toda vez que hubo de ejecutarse por medio del descarrilamiento, en el concepto de ser esta una de las agravantes genéricas señaladas en el mismo.

Pues si esto se hiciera, tendríamos, en primer lugar, la ya indicada objecion de que un solo delito hubiera de producir dos efectos diferentes, lo cual no cabe dentro de los buenos principios de la ley penal; y tendríamos, en segundo, la más completa ineficacia de otra de las disposiciones de la misma disposicion, que exigiendo una aplicacion ineludible, para los casos suyos propios, quedaria en todos ellos ilusoria.

Una de dos: ó se consideran descarrilamiento y robo como dos delitos, producto de un solo hecho, ó medio el uno para conseguir el otro, y se impone en su grado máximo la pena del más grave; ó se acepta el descarrilamiento, como la circunstancia cuarta del art. 10 y se gradua por ella, con relacion á las demás que hayan de apreciarse, la que al robo corresponde.

En este segundo caso, debe prescindirse del descarrilamiento, como delito independiente, porque no puede llevar en sí el doble carácter de dos castigos simultáneos: en aquel otro, la circunstancia agravante genérica no tiene aplicacion.

Viene, pues, á resultar de todo, *primero:* que cuando esta circunstancia genérica de agravacion es cualificativa del homicidio, que por medio de ella se ejecuta, delito y circunstancia se confunden en una sola accion punible, sujeta para la graduacion de la pena, á las demás circunstancias genéricas, pero de ninguna manera á la que como constitutiva de él, queda embebida en el nuevo hecho que resulta; *segundo:* que determinando la expresada circunstancia un delito previsto y castigado en el Código, desde el momento, en que sirve de medio para cometer otro, la penalidad de ambos debe igualmente confundirse en una sola, que ha de ser todo el grado máximo de aquel de los dos, que sea más grave, tipo legal fijo, que podrá graduarse, para elevarla ó rebajarla dentro del mismo, por los demás motivos de atenuacion ó agravacion,

que de sí arrojen los hechos; *tercero*: que dicha circunstancia cuarta, tal y como se halla redactada, no pudiendo excluir, por ser de ménos valor, los dos casos concretos, que quedan indicados, se excluye por sí misma, puesto que su aplicacion, en el sentido con que se ha escrito en el art. 10, es imposible.

Comprendemos la circunstancia décima tercera de las agravantes, que dice: «con ocasion de incendio, naufragio ú otra calamidad ó desgracia,» pero no podemos dar á la cuarta otra interpretacion que la que dejamos indicada.

Indudablemente, con esta locucion viene á entenderse genéricamente agravado aquel delito, que una tercera persona ejecuta, aprovechando la confusion de un incendio ó el desórden y la afliccion de un descarrilamiento ó de cualquiera otra catástrofe ó desgracia parecida.

No así al decir *por medio de*..... toda vez que, atendida la explicacion propia de la frase, debiendo entenderse por ella que el autor del primer delito, esto es, del delito preparatorio, para llegar al resultado objetivo del segundo, ha de ser tambien el autor de este, ambos hechos se confunden legalmente y la circunstancia agravante genérica, en tal concepto expresada, desaparece por completo.

La apreciacion de la circunstancia 6.ª, del art. 10, que venimos estudiando, está en razon directa de la perversidad del culpable, en el delito ó crímen que ejecuta.

Debiendo graduarse la inmoralidad de las acciones prohibidas por el mayor mal que producen, no puede ménos de comprenderse que allí, donde la perversidad es tanta, que conduce al delincuente, no ya á contentarse con la simple ejecucion del hecho penado por la ley, dentro de sus naturales condiciones, sino á imprimirle un carácter de mayor crueldad, por medio de vejaciones deliberadas é innecesarias al ofendido, la agravacion de la pena es indispensable.

Este ha sido el pensamiento del Código de 1870, igual á el de los de 1848 y 1850, al escribir, como ha escrito, y escribieron aquellos, las siguientes frases:

Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecucion.

Cuando además del perjuicio, que en sí lleva el crímen, produce otro mal para el ofendido, ó para las personas de su familia; cuando el mal físico se aumenta más de lo ordinario, por alguna circunstancia extraordinaria; cuando por virtud del crímen se añade—*afliccion al afligido*—segun el art. 1.° del Código del Brasil—se entiende agravada la pena, que al culpable ha de imponerse.

Sin analogía directa esta disposicion ó circunstancia, que, en resúmen, es la nuestra, con la determinada en el art. 303 del primer Código francés, donde, asimilados al homicidio, se castigaban los llamados en él *actos de barbarie*, viene á establecer, en absoluto, una idea parecida, por más que en nuestra moderna legislacion, á la cual nos concretamos, sólo signifiquen ó constituyan motivos genéricos de agravacion, respecto de los delitos, á que innecesaria y deliberadamente van unidos.

Es verdad que la misma legislacion francesa, casi los dió luego al olvido; puesto que habiendo partido su iniciacion y castigo, dentro de la misma, de los horrores causados por aquellas feroces cuadrillas de malhechores, que inflando, tostando y agarrotando á sus víctimas—*chauffeurs-garrotteurs*—asolaban, en sus correrías, muchas comarcas del país; terminadas las contiendas civiles de aquella época, y aunque consignados todavía en el Código de 1832, la aplicacion penal, con relacion á ellos y por razon natural, cayó en desuso.

Hemos traido, sin embargo, á nuestro trabajo este recuerdo, como de mera analogía, respecto de la circunstancia agravante, que vamos analizando, porque con él, segun nos parece, se puede explicar y entender más fácilmente.

No creemos que haya exageracion en calificar hoy de *actos de barbarie*, todos aquellos, que sin ser necesarios para la consumacion de un crímen, se ejecutan deliberadamente y con intencion de aumentar el mal del delito y de atormentar más, de afligir más al afligido.

Hemos leido recientemente un caso horrible de esta clase, procedente del juzgado de primera instancia de B....., visto y resuelto por el Jurado en esta capital, no ha mucho tiempo.

Una madre cruel, llorando en la Sala del tribunal, como si tuviera en su pecho corazon humano, mientras el Fiscal la acusaba y la disculpaba su abogado, pero que habia dado muerte, lenta y espantosa, á un hijo suyo, de cuatro á cinco años, nos trae el mejor ejemplo.

Túvolo en su primer matrimonio Maximina García, que este fué su nombre, y casada en segundas nupcias, llegó á cobrarle un ódio tal, que sin compasion á su tierna edad, sin miramiento á su inocencia, despreciando la responsabilidad, que ante Dios y ante los hombres contraia, concibió el pensamiento de matarlo.

Su muerte aislada, pronta, de un solo golpe, no habria dejado satisfechos sus feroces instintos, y por esto fué que se propuso conseguirlo lentamente, y por medio de un martirio horrible, que no podria creerse, si no se hubiera justificado, de una manera indudable, en el proceso.

Castigos materiales inhumanos y crueles privaciones constituyeron su primer sistema.

Unas veces le asía por las orejas, y levantándole y suspendiéndole en alto, lo zamarreaba bárbaramente, hasta el punto de que casi habia llegado á desprenderlas; sucediendo que cuando luego trataba de ponerle una gorrilla, que el pobre niño usaba, como éste se quejase, aquella madre inhumana se la introducia con gran coraje y violencia, aumentando de esta manera el dolor y el daño que sentia.

—¡Ola!... ¡con que tambien sabes llorar!... exclamaba, al oirlo, llena de furor.

Y tomaba entónces las tenazas del fogon, y le cogia con ellas la nariz, y le oprimia fuertemente y le arrastraba, de tal modo, y esto en tantas ocasiones repetido, que más adelante, al practicarse la autopsia del cadáver, apenas le quedaba el cartílago de la misma, casi deshecho y aplastado.

Para que no se orinase, no le dejaba beber agua, y por la noche se lo impedia tambien por medio de una fuerte ligadura, cuyo natural resultado era una violenta irritacion, repetida y aumentada al dia siguiente, y que cada vez tomaba un carácter más grave y alarmante.

La pobre criatura, abrasada de sed y aprovechando algun descuido, se salia al portal de su casa, ó á la calle, orinaba en donde primero hallaba á mano, y despues se lo bebia.

En esta situacion, al cabo de poco tiempo y á consecuencia de un golpe, que hubo de recibir en la cabeza, el niño sucumbió.

Las vecinas, que ésto y más habian visto, y luego declararon, estaban aterradas; pero nada se atrevian á hacer en favor de aquella pobre criatura, por miedo al carácter de la madre.

Condenada ésta por el Jurado á la pena capital, é interpuesto el recurso de casacion, que era de ley, el Tribunal Supremo lo resolvió en sentido negativo.

Hé aquí, pues, el ensañamiento ó el aumento deliberado, y sin necesidad, del dolor del ofendido, que en el homicidio constituye una circunstancia cualificativa, de la que ántes, en otro concepto, hemos hablado y que en el caso citado del parricidio, se apreció como la circunstancia agravante 5.ª del art. 10, objeto de estas líneas.

No tienen, á la verdad, otra calificacion que la de *actos de barbarie*, ni pueden llamarse de otro modo esos, que para dar muerte á su hijo,

ejecutó Maximina García, siendo madre y mujer, lo que no habria ejecutado una pantera.

De la propia manera, y en la propia forma, aquel que para robar á otro, sabiendo que nada puede temer de él, porque no tiene medio posible de defensa, no sólo le ata y le tapa la boca y le derriba contra el suelo, sino que en esta situacion le arrastra y le pincha con puñal ó daga en todas las partes de su cuerpo, y le acribilla, ó el que, en su deseo de matar, sorprende á su víctima y la sujeta y la amarra luego á la rueda de un carro, á un poste, ó al tronco de una encina, y comienza por desollarla, y le hace despues, donde no le desuella, rajaduras en la carne, y la martiriza de cualquiera otra forma, concluyendo por cortarle la cabeza, ó asestarle el último golpe al corazon, no es que éste se limite al homicidio, ni que aquél se contente con el robo, sino que ámbos, cada uno al cometer su delito, han aumentado, sin necesidad y deliberadamente, el mal del mismo.

No habrá más diferencia, sino que la circunstancia, que en el primer caso, sólo tiene el carácter de agravante genérica, en el segundo, se hace cualificativa, transformando en asesinato el homicidio.

Y es de advertir que, en medio de todo esto, no ha de perderse de vista, que el mayor mal innecesario, para que la agravacion surta su efecto, debe ser deliberado, esto es, causado de propósito y á sabiendas de que no hace falta, y de que sin él se puede muy bien realizar el delito que se intenta.

Basta, pues, lo expuesto, acerca de este extremo, sin que sea necesario detenernos en consignar y demostrar toda la conveniencia, toda la justicia, que tal disposicion lleva consigo, puesto que indicados los casos de su aplicacion legal, justicia y conveniencia se explican por sí mismas.

A mayor inmoralidad, á mayor mal, mayor castigo.

Dijo un ilustrado comentarista, á quien en más de una ocasion hemos citado, hablando del Código de 1848, que el art. 10, que trataba, como en igual forma trata el de 1870, de las circunstancias agravantes, era superabundante y repetidor.

Acabamos de indicarlo pocos renglones más arriba.

Cuando se comete un delito *por medio de otro*, ó el primero cualifica el segundo, y los dos se confunden, respecto de la penalidad, en uno sólo; cuando se ejecuta *con ocasion de* incendio, náufragio ú otra calamidad ó desgracia, nace en sus diferentes conceptos, la circunstancia generadora de la agravacion, real y positivamente aplicable dentro de la ley.

Dada, pues, la décima tercera, y vista la absoluta inaplicacion, como genérica agravante de la cuarta, ésta sobra en el artículo.

El fraude y la astucia en algunos delitos, el abuso de superioridad en otros, el empleo de medio, que debilite la defensa ó el auxilio de gente armada ó de personas, que aseguren ó proporcionen la impunidad, son los delitos mismos, á que tales circunstancias pueden aplicarse.

El fraude, por ejemplo, es circunstancia constitutiva de la estafa; la astucia, de la estafa y del hurto; el abuso de superioridad, ó el empleo de medios que debiliten la defensa ó el auxilio de gente armada, ó de personas *que aseguren*—la misma frase lo dice—ó proporcionen la impunidad, suponen el *sobre seguro*; son lo mismo que la alevosía ó cosa tan parecida, al ménos, que en muchos casos habrán de confundirse.

Por esto es, sin duda, que en algunas legislaciones extranjeras no se especifican y determinan en concreto los motivos de agravacion, que deben servir para castigar los delitos con más pena; dejando su apreciacion á la conciencia de los tribunales, á la razon y al buen sentido.

Entre los dos sistemas, sin embargo, consideramos preferible el nuestro.

Vale más la superabundancia de la ley, siempre que los tribunales tengan en ella reglas fijas, siquiera sean repetidas, para decidir sobre la responsabilidad de los culpables, que dejar su apreciacion al prudente y libre arbitrio de los jueces.

No siempre es este arbitrio tan libre y tan prudente, como debe ser y como la justicia y la ley quisieran que lo fuera.

Ni muchas veces tampoco alcanza la inteligencia lo que no está escrito.

¡Gracias que lo escrito, con malicia ó por ignorancia, no se interprete, en alguna ocasion, torcidamente!

Si todos los jueces fueran sábios, rectos, discretos y prudentes, bien pudiera la ley escrita ser más breve.

Desgraciadamente para la humanidad, ni la prudencia, ni la discrecion, ni la sabiduría, son patrimonio, al igual y en la misma proporcion, de todos los hombres, ni la toga, símbolo de la dignidad judicial, responde, en todos cuantos la visten, á lo que ella significa y representa.

El orgullo, la ofuscacion, la ignorancia, la negligencia, el interés,

bajo sus diferentes formas—preciso es reconocerlo y confesarlo—se sobreponen en algunas ocasiones á la ley.

De no ser así—¡ojalá que no lo fuera! y alejamos de estas líneas y de nuestro pensamiento, toda ofensa á la justicia en general—de no ser así, no se habrian escrito en el cap. 1.°, del tít. 7.° del lib. 2.° del Código los artículos, que abonan nuestra idea.

Pero del mal, que puede resultar de que, sobre un punto dado, la ley calle en absoluto, dejando á los tribunales que adivinen, regulen y aprecien á su arbitrio lo que ella ha dejado sometido á su conciencia, no hemos de deducir un bien porque—á riesgo de alguna contradicion—repita innecesariamente sus preceptos.

No hay homicidio alevoso, por precio ó por veneno; no hay delito con disfraz ó con astucia, ó en que el culpable se prevalga de su carácter público—y no citamos otros—que implícitamente no sean premeditados.

La premeditacion conocida es, no obstante, otra de las circunstancias agravantes genéricas, que en número aparte, y por separado, el Código señala.

No lo censuramos.

La *premeditacion* reviste precisamente un carácter especial, que, así como sirve para convertir en asesinato el homicidio, puede servir tambien para agravar, independientemente, algunos otros hechos punibles, que tanto con ella, como sin ella, suelen cometerse.

El infanticidio por la madre ó por la abuela materna; la mutilacion causada de propósito; las lesiones graves ó ménos graves, tanto pueden ejecutarse con premeditacion cierta, como sin reflexion y en un momento dado de arrebato.

Bien está, pues, dicha circunstancia agravante genérica, para aquellos delitos, que no la representan por sí mismos, como constitutiva y propia de su índole y naturaleza.

Si la ley hubiera callado en este punto, nunca los tribunales habrian podido adivinar, ó al ménos, decir por sí, que era digna de más severa represion, segun su letra no escrita, y su espíritu no revelado, la lesion impensada que la lesion premeditada.

Del art. 10, por consiguiente, sobra algo, y algo de él pudiera suprimirse—la circunstancia *cuarta*, la *octava* y la *décima cuarta*, por ejemplo—en atencion á las razones indicadas; pero preferible cien veces es que sobren, á que su omision pueda conducir á una arbitrariedad irremediable.

La *premeditacion*, más fácil de comprender que de explicar con verdadera exactitud, supone siempre un intervalo de tiempo, más ó mé-

nos largo, entre la idea ó pensamiento criminal y el hecho posterior, que lo materializa y determina.

El Código francés de 1810 — en su art. 297— la hacia consistir en el designio formado, ántes de la accion, de atentar contra una determinada persona, ó de cualquiera otra cosa, por más que tal designio dependiese de alguna circunstancia ó condicion.

Por manera que, segun esta disposicion de la legislacion francesa, la premeditacion puede nacer en el acto mismo del hecho, que motiva el crímen, siempre que entre la ejecucion y la idea prévia medie tiempo suficiente—largo ó breve—para que aquella se pueda decir premeditada.

Lo combatiremos luego.

El Código del Brasil, repitiendo sustancialmente en el núm. 8.° de su art. 16 esa misma definicion, que dá el francés, añade en el 9.° una condicion esencialísima, con la cual tampoco podemos conformarnos.

Hay premeditacion—dice—*cuando entre el proyecto y la accion han transcurrido más de veinte y cuatro horas.*

Desde luego encontramos en este espacio de tiempo, que se fija, una exageracion inadmisible.

Así como no creemos que puede decirse con propiedad crímen premeditado, aquel que se concibe dentro de las condiciones propias del móvil que lo engendra, por más que se deje transcurrir algun tiempo, para prepararlo mejor y asegurarlo; tampoco nos parece que son necesarias más de veinte y cuatro horas para que la premeditacion nazca en el corazon del delincuente, y tome cuerpo y crezca, hasta el punto de hacer que el delito sea preconcebido y con tal circunstancia ejecutado.

Siendo la *premeditacion* uno de los caractéres constitutivos del asesinato, lo primero que, respecto de ella, han de hacer los tribunales, para no incurrir en grave error, es buscar el deslinde propio y natural entre la misma y *la voluntad de matar*, que sin ser una cosa igual, pueden muy fácilmente confundirse.

La *voluntad de matar*, elemento esencial del homicidio, no supone el cálculo hecho á sangre fria; no significa el designio preconcebido; no lleva en sí la combinacion de los medios más seguros ni revela, en fin, la perversidad de la conciencia, ahogada antes en la sangre, que el puñal va á derramar despues, sino que puede nacer de improviso, hija de una pasion violenta, ocasionada por un accidente del momento y sin que minutos antes haya pensado en ello el delincuente.

El simple homicida, á sabiendas del mal que va á causar, pero con la idea de satisfacer su deseo, obra instantáneamente, sin reflexion, sin

calma, sin detenerse á preparar el éxito ó resultado del ataque; á diferencia del asesino, que estudia y busca en el veneno la seguridad del suyo, ó bajo la influencia de una venganza, que acaricia, ó de un ódio que quiere satisfacer, piensa, y discurre y medita, antes de ejecutarlo, los medios más fáciles y más seguros de matar.

Dada esta distincion tan importante, no habria estado de más que la ley, al designar la premeditacion, como circunstancia agravante, la hubiera definido, como definió la alevosía; con que viene á resultar que, si algo sobra en el art. 10 del Código, en cambio algo tambien falta.

Hay premeditacion—pudiera haberse dicho—*cuando el crímen ha sido conocidamente calculado ó ha tenido por objeto el cumplimiento de una idea preconcebida.*

Conocidamente calculado hemos escrito, respetando en ello y aceptando la condicion expresa de la ley, que con sobradísima razon—puesto que se trata de crímenes tan graves, como los que la premeditacion cualifica—ha querido que no se juzgue acerca de ella, ni se aprecie ni se estime, sino cuando, evidentemente y sin dar lugar á duda, resulta de los hechos.

Es innegable que la premeditacion no puede presumirse.

Si dentro del exceso ó abuso punible no hay datos ciertos, que la abonen, no debe apreciarse.

Ni debe apreciarse tampoco, segun ya se ha indicado, cuando es constitutiva del delito, que ha de castigarse, como dijo el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Enero de 1872 y ha repetido despues en otras varias.

Tomaremos ocasion de la primera, para establecer en diferentes conceptos las necesarias deducciones.

En una noche del mes de Diciembre de 1870, casi ya de madrugada, hallándose durmiendo en su casa el médico titular de Fuentecen, D. Miguel Marcos, fué avisado por Dionisio Arranz, de la misma vecindad, bajo el pretesto de que su padre estaba enfermo, con que le obligó á levantarse y á que le acompañara para verlo.

Hízolo así el facultativo, y al doblar una esquina, en la que llaman la Calleja, se le presentaron, de repente, cinco ó seis hombres armados, los cuales, arrojándose sobre él, derribándole al suelo, abofeteándole, pisoteándole y amenazándole con matarlo, si gritaba, le robaron el reló y otros efectos que llevaba, intimándole todavía para que les entregase el dinero, que tenia en su casa, á la cual le condujeron, abriendo la puerta por sí mismos y penetrando luego en ella; si bien no ultimaron su

propósito, porque un centinela, que al efecto habian puesto, les dió la voz de alarma, diciendo que iba gente.

La Audiencia de Búrgos—escrito está en la Coleccion legislativa—apreció, entre otras, las circunstancias agravantes de premeditacion conocida, de haber empleado astucia los culpables y de haber ejecutado el hecho con auxilio de gente armada, de las cuales aceptó el Tribunal Supremo estas dos últimas y no la de premeditacion, que consideró constitutiva del delito.

Constitutiva es, en efecto, la premeditacion del robo, y en él no puede figurar como circunstancia agravante; pero aquí, precisamente, de una de las indicaciones, que, respecto de este particular, anteriormente hemos hecho.

¿Qué otra cosa fué la astucia, de que los ladrones se valieron para ejecutar su accion, que uno de los datos constitutivos de esa misma premeditacion, constitutiva á su vez del crímen y entre las cuales toda division parece irregular y anómala?

Pues si la premeditacion no se estimó, porque no debia estimarse, la astucia, que fué parte de la premeditacion, estaba en igual caso.

Pero prescindamos del robo y supongamos que Dionisio Arranz, puesto de acuerdo con sus compañeros un cuarto de hora antes, tomando el mismo pretesto de que su padre estaba enfermo, hubiere hecho levantar al médico titular D. Miguel Marcos y le hubiera conducido á la Calleja, donde, apostados aquellos, le esperaban con la idea exclusiva de matarle, y que llegó y, al llegar, se arrojaron sobre él y le mataron.

Véase, pues, un caso, en que el intervalo de tiempo entre el pensamiento y la ejecucion del asesinato no solo no habria pasado de las veinte y cuatro horas, que fija el Código del Brasil, sino que hubiera sido muchísimo más breve, y en el cual, sin embargo, la premeditacion no habria ofrecido duda.

Tan conocida y tan clara hubiera ido al juicio, como clara y conocida hubiera ido tambien la alevosía, de que habrian resultado dos circunstancias cualificativas; bastantes, cada una de por sí, para convertir en asesinato el homicidio.

Incidentalmente se nos presenta el caso de esta doble cualificacion, que en los procesos ocurre con frecuencia, y algo es menester y conviene decir acerca de ella.

Cuando en la muerte violenta de una persona concurren dos circunstancias cualificativas distintas, las de premeditacion y alevosía, por ejemplo, segun acabamos de exponer, una conserva su carácter de especial agravacion, determinando el asesinato, mientras que la otra, innecesaria para ese mismo efecto, pero que no por eso ha de eliminarse,

porque esto seria injusto, figura como agravante genérica, ya para elevar el grado de la pena, con las demás de clase igual, ya para ser compensada, si hay atenuantes, y la compensacion dentro de la ley es aceptable.

Lo que no lo es, volviendo á nuestro punto de partida, es lo que respecto del intervalo de tiempo, en materia de premeditacion, dispone el Código francés.

Uno riñe con otro, y al sentirse herido, viendo que no tiene armas iguales, con que acometer ó defenderse en mejores condiciones, se deshace de su contrario y corre á su casa para proveerse de ellas y regresar al sitio de la lucha.

Vuelve, en efecto, al cabo de algun tiempo, cuando ya aquel se ha marchado, y más encendido en ira y en su deseo de venganza, le busca por todas partes y no para ni sosiega hasta encontrarle—treinta horas despues—y le provoca de nuevo y se arroja sobre él y le dá muerte, ¿quién podrá sostener que esta muerte, por premeditada, fué un asesinato?

Nadie: tal premeditacion no pudo existir, ni más hubo en el culpable que la *voluntad de matar*, nacida del suceso anterior ó de la riña, que, como hemos dicho antes, no deben confundirse.

Se falta, por lo tanto, á la exactitud jurídica, cuando para definir la premeditacion, se hace derivar única y exclusivamente del mayor ó menor espacio de tiempo, que media, entre la idea criminal preconcebida y su realizacion ó ejecucion; ya sea de más de veinte y cuatro horas, como dice el Código del Brasil, ó de más de treinta dias, como pretenden otros autores, ó de muchos más, como sostiene Farinacio—*dummodo calor rixæ duret*—con que quiso significar, que en tanto podrá haber premeditacion en cuanto haya ó no desaparecido la influencia del suceso, que agite el ánimo y lo ofusque, sin tregua de raciocinio ó reflexion.

Ni esa del tiempo, en la acepcion jurídica y comun de la palabra, puede ser regla, ni por aproximacion siquiera, ni cabe más que lo que ha dicho el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Junio del mismo año de 1872, esto es, que significa y supone la *meditacion reflexiva* sobre algun hecho, antes de llevarlo á cabo.

Prescindiendo del pleonasmo, que la locucion envuelve y que, en gracia de su mayor claridad, puede aceptarse, esta breve definicion encierra la verdad.

Premeditacion conocida, dice el Código, y, con esto, dicho queda todo.

Basta, pues, que la preconcepcion del hecho punible exista, una, dos, veinte ó más horas antes de ponerlo en práctica; basta que el ánimo

del culpable se prevenga con anticipacion, y que con anticipacion, más ó ménos larga, prepare en su imaginacion los medios y formas necesarios para lograr su mal propósito; basta que el ataque parta de un cálculo frio, de una combinacion preparatoria, más ó ménos próxima ó remota; basta, en fin, que esta resolucion, hija de un proyecto prévio, se revele y justifique en el juicio, de una manera conocidamente cierta, para que el crímen se pueda y se deba decir premeditado.

Ampliando todavía esta indicacion, en el sentido, que ya hemos apuntado, y aprovechando á la vez esta oportunidad, para simplificar y abreviar nuestros estudios en materias, ya implícitamente resueltas, ó que, por su claridad, no ofrecen duda ó no tienen verdadera trascendencia, diremos, y dejaremos consignado, que premeditado es tambien todo aquel crímen, que se comete con disfraz, ó que se prepara con astucia, ó por medio de algun fraude, como es de suyo alevoso el que se ejecuta con abuso de superioridad, ó empleando medio que debilite la fensa, ó con auxilio de gente armada ó de personas que aseguren la impunidad—salvo en este último caso—si estas personas, siendo más de tres, llevasen armas, y tratándose de un delito contra la propiedad, tuviese lugar en despoblado, puesto que entonces significaria una circunstancia aumentativa, por sí propia, de la pena, como distintiva y especial del robo.

En ocasion oportuna, cuando de los delitos de esta clase tratemos, diremos y observaremos lo que es preciso decir y observar acerca de ellos.

Pero hemos indicado ántes que el disfraz, la astucia y el fraude suponen premeditacion, como el abuso de superioridad supone algo tambien de alevosía, y aún son indispensables algunas palabras más para dejar completamente exclarecida la semejanza entre sí de tales circunstancias.

En cuanto al disfraz, aceptamos desde luego, aun cuando no de todo punto necesaria, la distincion, que algunos autores establecen entre el que se usa por casualidad, y en tiempo y forma lícitos, y aquel otro, que de propósito se busca ó se usa para cometer un crímen.

Claro es que si en un baile público de máscacas se arma riña, y un enmascarado hiere ó mata á otro, no se ha de decir por ello circunstancia de agravacion la del disfraz.

Esto, no obstante, si se justificase que el culpable fué directamente al baile, con la intencion de prevalerse de la confusion propia del mismo, y de la careta, con que se ocultaba el rostro, para, sin ser conocido, herir—no matar, porque esto haria cambiar la índole del crímen—á una persona determinada, el disfraz, en este caso, preliminar conocido y evi-

dente de la premeditacion, llevaria en sí la agravacion genérica del Código.

El sagaz Candelas, cuyo ingenio, cuya fecundidad, cuya astucia para los delitos, le hicieron en Madrid funestamente célebre; cuyas criminales proezas, en forma de novela, se han dado á la estampa, buscó con frecuencia en el disfraz su mejor éxito; unas veces vestido de sacerdote, otras de militar de alta graduacion, otras de rústico ó ignorante lugareño, segun las circunstancias, el punto y la ocasion, á que dirigia sus miras.

Este, como el del salteador, que se tizna la cara ó se pone antifaz, para evitar que le conozcan, son precisamente los casos de disfraz, que la ley marca; pero que examinados en sí, al igual del fraude y de la astucia, son indicio ó dato de la premeditacion, que por la premeditacion misma se explican.

Al definirla el Código del Brasil — en su citado art. 16 — dice : que la hay cuando el delincuente ha empleado el fraude, ó se ha valido de un disfraz, para no ser conocido.

O para facilitar su ejecucion—añadimos nosotros—que disfraz es, en el ladron, el hábito talar ó el uniforme militar, no tanto para no ser reconocido en su persona, sino para ser tenido por otra, é inspirar confianza, lo cual no puede ménos de tener igual importancia dentro de la ley.

Por lo que hace al abuso de superioridad y al empleo de medios que debiliten la defensa, imposible es desconocer que en la lucha de un hombre fornido y de robusta constitucion, por ejemplo, con un anciano enfermo, ó con un niño, lo que verdaderamente resulta es el sobre seguro, que va á la alevosía; porque, aun aceptando la definicion del Código de 1870, el hecho es que el culpable, sin riesgo para su persona, que proceda de la defensa, que pudiera hacer el ofendido, tiene asegurada, directa y especialmente, la ejecucion de su propósito.

¿Y cómo no ha de considerarse dentro de todas las condiciones exenciales de la alevosía, el hecho de aquel que, queriendo herir ó maltratar á otro, para debilitar su defensa, abre una profunda zanja en la estrecha senda, por donde sabe que en noche determinada ha de pasar, y la cubre de ramaje; es decir, arma una trampa, y cuando su víctima cae, se arroja sobre ella, la hiere y la maltrata?

Abuso de superioridad, dijo la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid en un caso análogo, que hemos de referir, aun cuando no sea necesario esforzar más nuestra razon contraria; razon que sostuvo y defendió el Ministerio fiscal, en la vista del recurso interpuesto por el mismo, consiguiendo que, bajo igual punto de vista, y con igual apreciacion, el Tribunal Supremo casase la sentencia.

La causa se siguió en el juzgado de primera instancia del B. de A., contra Francisco Izquierdo Gil, como autor confeso de la muerte violenta de Angela Sanchez, de diez y siete años de edad.

El hecho fué el siguiente :

En la tarde del 16 de Mayo de 1872, habiéndose dirigido aquella, por mandato de su tia, Elena García, á la heredad llamada de la Mata, en busca de una burra, que pastaba en ella, se encontró con el procesado, que se entretenia en aserrar la rama de un árbol, por cuya accion le reconvino, denostándole ágriamente.

Montó, entre tanto, Angela Sanchez en la burra, y al observar que el Izquierdo Gil la perseguia, comenzó á hostigarla para que corriera, en cuya ocasion tuvo la desgracia de ser arrojada al suelo, cayendo en un barranco, donde aquel logró alcanzarla.

Cualquiera otra persona, de honrado corazon y humanos sentimientos, se hubiera apresurado á socorrerla: el procesado, por el contrario, cogió una piedra de dos libras de peso y comenzó á darle con ella fieramente en la cabeza, infiriéndole hasta diez heridas, de cuyas resultas falleció á los pocos dias.

Pues hé aquí que, reconociendo la Sala de la Audiencia que la pobre muchacha no habia podido defenderse ni oponer resistencia á la brutal agresion del delincuente, pero bajo el supuesto de que *él no habia preparado la situacion*, cuya frase más parecia aludir á la premeditacion, con la cual se hubo de confundir la alevosía, calificó el delito de homicidio, con las circunstancias de abuso de superioridad, y en este concepto fué penado.

El Tribunal Supremo, de conformidad con las razones expuestas por el Fiscal, casó, como se ha dicho, la sentencia, declarando que no habia sido tal abuso, sino una verdadera alevosía, con que una vez más, segun la jurisprudencia que tiene establecida, nuestra opinion y nuestra doctrina quedaron confirmadas.

Preciso es, por lo tanto, convenir, en que la superabundancia del artículo 10 del Código, á más de las anteriores indicaciones, con relacion á las circunstancias *cuarta* y *décima tercera*, alcanza tambien á la *octava*, que está esencialmente dentro de la *setima*, así como á la *novena* y *décima cuarta*, que en sustancia y realidad son la *segunda*.

Cuando en dos distintos pasajes de una misma ley se consignan dos disposiciones análogas, pero que en su aplicacion práctica ofrecen muy diferente resultado, la explicacion de ambas, para conciliarlas entre sí, es de todo punto indispensable.

Entre las circunstancias agravantes genéricas, los Códigos de 1848 y 1850 incluyeron, y el de 1870 ha incluido tambien, *el abuso de confianza.*

Esto aparte, el de 1870—en su art. 533—y el de 1850—en el 439—lo han considerado á su vez como cualificativo del hurto.

El de 1848 no le dió tanta extension.

Dicen aquellos, que si fuere doméstico ó interviniere *grave abuso de confianza,* se castigará con la pena inmediatamente superior en grado á la que respectivamente habria de corresponder en otro caso.

Luego el abuso, segun la ley vigente, puede ser *grave* y *ménos grave:* grave el que se refiere á los hurtos y los cualifica: ménos grave el que puede concurrir en cualquier otro delito.

Véase, sin embargo, que entre todos ellos, excluyendo el hurto, cabe todavía algun otro, en que la expresada circunstancia llegue á ser el fundamento, la señal decisiva, la demostracion de otra calificacion más grave.

Un homicidio, por ejemplo, ejecutado con verdadero abuso de confianza, significaria un asesinato.

Es verdad,que entonces el abuso equivaldria á la traicion, al sobreseguro, á la alevosía, y bajo este punto de vista, dicho está cuanto sobre el particular puede decirse.

Así, pues, en el concepto de circunstancia agravante genérica, como quiera que la confianza mútua entre las personas, que viven en sociedad y al amparo de las leyes, constituye la base de la seguridad de sus intereses respectivos; desde el momento en que uno, más ó ménos obligado á ella, llega á quebrantarla, como medio de ejecutar un hecho prohibido, contra aquel á quien la debe, la razon natural y el buen sentido declaran que la inmoralidad se hace mayor.

Dijimos en nuestro *Tratado de Derecho criminal,* página 259, que en el abuso de confianza caben tantos grados de criminalidad, cuantos caben de intimidad en la confianza, de la cual se abusa.

Esto es innegable.

Resulta, sin embargo, que mientras el art. 10 del Código, en su número 9.° y el 533 en el 2.°, dividen el abuso en grave y ménos grave, en ninguno de ellos se consignan reglas fijas, para determinar cuándo se ha de considerar ménos grave y cuándo grave.

La extension con que tratamos esta importante materia en nuestra

referida obra, unida á la circunstancia de que el Código de 1870, que estudiamos hoy, está perfectamente conforme, en esta parte, con el de 1850, que en aquella ocasion tuvimos á la vista, nos mueve á trasladar íntegros varios de sus principales párrafos, así como tambien algunos de los ejemplos, que para su mejor inteligencia y necesaria claridad, pusimos.

«El límite entre el abuso grave y el simple abuso ó abuso ménos grave —dijimos— no se puede fijar de un modo preciso é inalterable, para todos los casos, puesto que solo podrán marcarlo con mayor aproximacion y más acierto las circunstancias de aquellos, y las relaciones del ofensor con el ofendido; apreciacion, que precisamente ha de quedar al buen criterio de los tribunales, sin otra norma que la razon moral y filosófica del hecho mismo, en su contraste natural de la confianza y del abuso.»

«Los comentaristas, al tratar de esta circunstancia, que tanto agrava la responsabilidad de los culpables, sin expresar el límite posible entre el abuso grave y ménos grave, consideran la cuestion bajo el punto de vista moral: á la moralidad misma de las acciones se refieren, y en ella buscan la base de la apreciacion de la gravedad, considerada tambien en absoluto; dejando subsistente la duda, toda vez que, no penetrando en el fondo de la cuestion, ni la examinan ni tampoco la resuelven.»

«Supónese por algunos que solamente en los casos, en que la confianza sea mandada ó encargada, el abuso, que de ella se haga, puede ser tenido como grave.»

«Si con esta doctrina se quiere limitar la gravedad del abuso á los hechos precisos y concretos, en que haya mediado el mandato ó encargo explícito y terminante de la confianza, nosotros no la aceptamos, porque la creemos contraria al espíritu de la ley; pero si el encargo ó mandato cabe implícitamente dentro de una accion, que en sí misma revela la confianza tácita, que se pone en aquel, que de ella abusa, desde luego convenimos en que, como base de apreciacion, esta teoría puede acercarnos más á la exactitud y al acierto, en la calificacion de lo grave.»

«Si la confianza es la seguridad y esperanza firme, que se tiene en alguna persona, la gravedad en el abuso que de aquella se haga, habrá de entenderse respecto de la firmeza, explícita ó implícita, que la esperanza y la seguridad lleven consigo, y de las cuales abuse la persona, en quien, expresa ó tácitamente, se hayan puesto.»

Primer ejemplo que entonces consignamos, tomado de una causa seguida en el juzgado de la Audiencia de esta capital, contra N. V. por hurto.

Habiendo estrechado sus relaciones de amistad y compañerismo dos estudiantes de farmacia, resolvieron vivir juntos, y así lo verificaron,

proporcionándose una habitacion capaz para ambos, en una casa de huéspedes, y hallándose de tal punto unidos, que hubieron de colocar sus camas en una misma alcoba.

Así siguieron por algun tiempo, sin que en nada se hubiese turbado su amistad, cuando el uno de ellos cayó enfermo.

En aquellos dias precisamente, su compañero, aprovechando una ocasion favorable, le sustrajo del baul su reló y otros efectos, que hubo de empeñar acto contínuo; hasta que, restablecido el otro, habiéndolos echado de ménos, y haciendo las indagaciones naturales, le preguntó por ellos, cerciorándose en breve, por la misma contestacion de su amigo, del hecho referido.

Protestó el hurtador una y más veces del compromiso, que á tal proceder le habia guiado; aseguró, bajo la más formal palabra, á su amigo y condiscípulo, el desempeño y devolucion del reló y demás efectos, y por de pronto no tuvo resultado alguno judicial el delito cometido.

Pasaron, sin embargo, dias y dias, sin que N. V. cumpliese su palabra, y como ya últimamente siempre respondia con evasivas á las reconvenciones de su amigo, al fin, cansado éste, y viendo que nada adelantaba, puso el hecho en conocimiento del juzgado, por el cual comenzaron á instruirse, para su averiguacion y castigo, las diligencias oportunas.

Su resultado fué la confesion del reo y la prueba plena, por consiguiente, de que habia cometido un hurto con abuso de confianza.

Juntos y en una misma casa vivian los dos amigos; en una misma alcoba dormian, y muy grande era, por lo tanto, y muy íntima, la confianza, que reinaba entre los dos.

Para que N. V., aprovechando la enfermedad de su compañero, hubiese abusado gravemente de aquella, hurtándole el reló, ¿puede suponerse indispensable que el enfermo le hubiese expresado antes la esperanza y seguridad, que tenia de su proceder, encargándole el cuidado de sus alhajas y demás efectos de su pertenencia? ¡Pues qué!..... ¿Esa seguridad, esa confianza en la persona de su compañero de cuarto, de su condiscípulo y amigo, no se revelaban por sí solas en las circunstancias mismas del compañerismo y la amistad? ¿Obligaba más á N. V. el encargo expreso de su amigo, que su implícita confianza, en él depositada, desde el momento en que ambos habian principiado á comer á una misma mesa, á dormir bajo un mismo techo y á vivir en tan estrechos vínculos unidos?

Desde luego no: tan grave fué el abuso en el caso dado, como lo habria sido en el otro.

Otros ejemplos todavia.

En una noche de lluvia llega un viajero perdido á una casa de campo y pide hospitalidad: se le abre la puerta, se le ofrece fuego, cena y cama.

Pues hé aquí que á la madrugada, en ocasion de hallarse todavía durmiendo los dueños de aquella, se levanta, se apodera de los efectos que halla á mano y desaparece.

A este criminal no se hizo expresa manifestacion de confianza y, sin embargo, nadie podrá negar que abusó de ella gravemente.

Un pastor hurta una res de entre el ganado, que su amo tiene encomendado á su custodia.

En este caso la confianza resulta encargada, y, por consiguiente, el abuso es tambien grave.

Dos arrieros duermen en una posada, y el uno de ellos, aprovechando el sueño del otro, le quita el bolsillo que tiene debajo de la almohada ó el dinero de la faja.

Ninguna razon de confianza mútua ó recíproca existe, ciertamente, entre el ofendido y el ofensor; aquel no puede haber depositado en éste explícita ni implícitamente la seguridad de sus intereses, y, sin embago, entre ambos media naturalmente una confianza, que podremos llamar ménos perfecta, y cuyo abuso es el ménos grave de la ley.

Conviniendo, pues, en que la regulacion de la gravedad, en el abuso de confianza, depende de la mayor ó menor moralidad de la accion, á que el mismo se refiere, y en que solamente las reglas del buen criterio pueden decidir, en la mayoría de los casos, estas importantísimas cuestiones, convenimos tambien, y creemos muy aceptable, para la mayor exactitud y acierto, el principio consignado de la confianza, implícita ó explícitamente mandada ó encargada, como fundamento del abuso grave; puesto que de este modo es ya más fácil distinguir el límite entre ambos, y apreciar con norma, hasta cierto punto, fija, las modificaciones que naturalmente traen siempre consigo las circunstancias de los hurtos, en que el abuso se comete.

Pueden los empleados públicos delinquir, como tales empleados, dentro del ejercicio de sus cargos respectivos y con relacion directa á ellos, ó como meros particulares, pero prevaliéndose del carácter oficial, de que se hallan revestidos.

Esta diferencia, que la ley ha tenido muy en cuenta, produce naturalmente dos diversos resultados.

En el primer caso, el delito cometido, que no podria existir fuera del cargo. que el empleado delincuente desempeña, lleva en sí y supone una responsabilidad especial, que se aparta de toda otra responsabilidad, segun las condiciones generales ó comunes de todos los delitos. Trece capítulos, que son los comprendidos en el tít. 7.° de su segundo libro, consagra el Código de 1870 á las definiciones de cuantos á los empleados públicos, dentro de esa misma especialidad, pueden imputarse, señalando las penas, que á cada uno de ellos corresponden.

En el segundo caso, el hecho punible, independiente del cargo público ú oficial, que desempeña, sin salirse de su propia categoría, como cualquiera otro delito comun, segun su índole y en sus condiciones peculiares, reviste cierto carácter de mayor inmoralidad, que, sin ser bastante para alterar su forma y cambiar su naturaleza, lo eleva, en la esfera de la penalidad, á más altura.

Tanto el Código de 1848, como el de 1850, como el hoy vigente, de 1870, han considerado circunstancia agravante—décima del art. 10—esa de que un empleado público, al intentar un delito, fuera de los relativos á su cargo, se prevalga de su carácter oficial, para mejor y con mayor facilidad y seguridad ejecutarlo.

Los tres, en esta parte, separándose, hasta cierto punto, de la severísima doctrina consignada en el de 1822, han establecido idéntico principio, dando á la mayor gravedad de los hechos, por esa misma circunstancia, sin exageracion inconveniente, una extension moderadamente justa.

Queria y disponia el Código español de 1822 que la mayor dignidad del delincuente y sus mayores obligaciones, para con la sociedad ó para con las personas, contra quienes delinquiese, fuera como el termómetro jurídico—si nos es lícita la frase—donde se marcasen y determinasen los grados de inmoralidad, en la circunstancia agravante, proveniente del abuso.

Semejante teoría se refuta por sí sola.

El hecho punible, en su diversa relacion con el culpable, es uno mismo.

Pueden cometerlo un escribano, un juez, un magistrado, un gobernador, un consejero, ó un ministro.

Hé aquí, pues, que, segun la expresada disposicion, siendo una misma para todos ellos y de igual entidad la circunstancia, la apreciacion de los grados, respecto de su verdadera importancia, con tener un solo carácter y no producir más que un efecto, el de la agravacion genérica, daria el resultado de treinta, por ejemplo, en el ministro, de veinte en el consejero, y de diez, ocho, seis ó cuatro en los demás.

Esto es legalmente anómalo, y, por consiguiente, inadmisible.

El influjo, el prestigio, la preponderancia del cargo, en cada uno, son relativos, y no pueden ir más allá del cargo mismo.

Por tan culpable se habrá de tener al escribano ó al alguacil, que se prevalen de su carácter oficial, dentro de su esfera, como al ministro, que hace lo mismo, dentro de la suya.

Esto aparte, nadie podrá negar que es más vituperable la accion de aquel, que, en tal situacion de funcionario público, comete un crímen, que si lo cometiera como particular, fuera de ella y sin la influencia, sin la consideracion y sin el prestigio de su empleo; elementos de mayor facilidad, para la consecucion de su propósito, pero de mayor inmoralidad tambien, por eso mismo.

Prevalerse del carácter público que tenga el culpable—dice el Código—y desde luego se observa que ha puesto en la eleccion del verbo un especial cuidado, á fin de quedarse, en él, dentro del verdadero y necesario alcance de la agravacion, y no llevarlo á lo que acaso habria podido cambiar la esencia del delito.

Así, pues, el juez, que á sabiendas dicta un fallo injusto; el funcionario público connivente, por razon de su cargo, en la evasion de un preso, ó que sustrae, destruye ú oculta documentos, que custodia, incurren en las responsabilidades propias de tales hechos, sin agravacion alguna especial, fundada en su carácter de empleado, ni más que aquella que genéricamente se hubiera de apreciar en cualquier otro delito.

Por el contrario: si el juez comete alguno de los señalados contra la honestidad—por ejemplo—en mujer que ante él mantiene pleito, ó tiene cualquier otro asunto judicial; si el alcaide de una cárcel, de acuerdo con tres ó cuatro de sus presos y á partir, les facilita por las noches su salida, para que vayan á robar á la via pública; si un empleado de determinada dependencia, que, con este carácter oficial, tiene acceso libre en otra diferente, aprovechando una ocasion de no ser visto, sustrae de ella un legajo, este empleado, y el alcaide de la cárcel, y el juez, los tres cometen delito de índole comun, pero en los cuales, aparte las demás circunstancias genéricas de atenuacion ó agravacion, que deban apreciarse, concurre tambien la agravante igual de haberse prevalido del carácter público, que cada uno tenia.

La ley no ha podido olvidar, para su mayor castigo, este abuso especial, que, participando, por una parte, del que lo es de confianza, y teniendo, por otra, algo de aleve, acentúa más la inmoralidad del hecho, á que va unido, por la situacion oficial de que el agente se prevale.

Todos los delitos, además de su gravedad específica, por sus circunstancias propias, pueden ir todavía mucho más lejos, con motivo ú ocasion de algunos detalles, que, sin ser comunes ni necesarios para su ejecucion, revelan mayor perversidad de sentimiento, por parte de aquel que los comete, y deben ser, por lo mismo, más severamente castigados.

Se comprende perfectamente que un ladron prefiera, para robar, la noche al dia; que un asesino, que no quiere ser conocido, se tizne el rostro ó se ponga un antifaz: estas son circunstancias, que agravan los crímenes, pero que casi no se puede decir que van más allá de lo que ellos son en sí.

Lo que va más allá de ésto, lo que significa peores instintos y mayor depravacion en el culpable, es lo que ya hemos apuntado, al hablar de la circunstancia *sexta*, que el Código repite en la *décima segunda*, con la fórmula de *emplear medios ó hacer que concurran circunstancias, que añadan la ignominia á los efectos propios del delito.*

Bajo este punto de vista, este es otro de los motivos, que figuran en su artículo 10, como de agravacion genérica, de idéntico valor á los ya indicados antes y explicados, y que en los Códigos de 1848 y 1850 se consignó de igual manera.

Obsérvase únicamente, entre la redaccion en estos y en aquel, una diferencia puramente gramatical, en la que no nos hemos de detener, por su excasísima importancia.

Échase desde luego de ver, y consiste en que el sustantivo, que implícitamente rige el verbo *emplear*, con relacion á los medios, que han de producir la ignominia, no rige de igual modo el verbo *concurrir*, que se refiere á las circunstancias; de manera, que es más propia la union de los dos verbos, por medio de un mismo sustantivo, que eso otro de llevarlos á la ley con sustantivos diferentes, que no están en su lugar.

Vale más, y es más castizo, decir, como ha dicho el Código de 1870, *emplear medios*—el delincuente—*ó hacer que concurran circunstancias*, que no, como dijeron los de 1848 y 1850, *emplear medios ó concurrir circunstancias;* construccion esta última, que no obedece exactamente á la sintaxis.

Prescindiendo de esto, la circunstancia *décima segunda*, en lo de añadir la ignominia á los efectos propios del crímen, es equivalente á la *sexta*, en lo de aumentar deliberadamente el mal del mismo; y una y otra, como ya hemos dicho de la sexta, pueden dar de sí el ensañamiento.

Es ignominioso todo aquello, que afrenta públicamente á una persona.

Cuando el delito que se comete, bien por los medios, que para su ejecucion se emplean, bien por las circunstancias, que en él se hacen con-

currir, además de su mal propio, cede en deshonor ó descrédito del perjudicado, que es la afrenta, lleva consigo la ignominia.

Esta palabra, sin embargo, á los efectos de la ley, se entiende más fácilmente que se explica.

Algunos de nuestros publicistas han hecho caso omiso de ella; otros la han consignado tan á la ligera, y por encima, que sólo le han consagrado cuatro líneas.

En los dos únicos párrafos, que abraza el comentario del Sr. Pacheco, se citan dos hechos, con los cuales, como por vía de ejemplo, se ha querido definirla.

La violacion de una mujer, obligando al marido á presenciarla, como medio empleado para producir la ignominia, y esa misma violacion, delante de otras personas, como circunstancias, que den lugar á ella.

Fijemos, no obstante, la atencion en ámbos casos, y no será difícil que dudemos.

¿Se reflejan en ellos el espíritu y la letra de la ley?

Estudiemos.

La concurrencia de testigos á un acto inmoral, no puede suponer una circunstancia inherente al mismo, cuyos efectos tengan, por esa misma y única razon, mayor alcance.

Siendo la violacion un delito de pura fuerza contra la mujer, la deshonra, que por sí misma produce, bien se haya verificado á solas, una vez sometida á la accion de los tribunales, bien á presencia de cualquiera otra persona, lleva en sí toda la afrenta, que puede surgir de ella.

Es un caso de ignominia propia, más ó ménos acentuada, por los detalles del suceso, pero siempre un caso ignominioso de suyo, dentro de la pura acepcion de la palabra, por lo que afecta y daña la honra de aquella, que la sufre.

Por otra parte, la ignominia que la ley consigna, como aumento de los *efectos propios del hecho*, no puede referirse á terceras personas, sino á la que directamente es víctima del mismo.

Por eso hemos dicho ántes que no se explica esta circunstancía agravante tan bien como se entiende.

Todos sabemos lo que es ignominioso, y sin embargo, si vamos á buscar su verdadera apreciacion, con referencia á los delitos, como motivo genérico de agravacion en ellos, acaso no podamos fijar con exactitud un ejemplo concreto, que lo determine.

La ignominia afecta directamente al honor de una persona: todo delito contra la honestidad, produce por sí, ese mismo resultado.

Luego la ignominia, en casos tales, no puede dividirse.

La ignominia en el asesinato, dando á la palabra una acepcion más

lata, pero siempre dentro de la ley, supone implícitamente el aumento deliberado é inhumano del dolor del ofendido; va envuelta tambien en la castracion causada de propósito; no cabe para con el marido, que venga su afrenta, matando ó hiriendo á su mujer, cogida en adulterio, ó al amante adúltero, ni para con el padre, respecto de su hija, menor de veinte y tres años, que con él vive, y hasta se aparta, por su propia índole, de las condiciones, á que ha de ajustarse todo duelo.

Luego tal circunstancia agravante tampoco tiene explicacion directa en los delitos contra las personas.

Respecto de los que se cometen contra la propiedad, sólo es verosímil en los robos con violencia ó intimidacion, y sin embargo, estudiadas todas las eventualidades propias de los hechos de esa naturaleza, es casi seguro, que en último término, la *décima segunda*, no será más que la *sexta*.

Si, pues, en otra reforma se suprime aquella, es de todo punto cierto que no se ha de dar ocasion en que haga falta, sin que por eso, llegado el caso que se ha querido prevenir, deje de hallar su verdadera agravacion dentro del art. 10, en que se encuentra.

Al hablar de la noche, como circunstancia agravante, no sabemos si podrá haber violencia de lenguaje, expresando nuestro concepto de que ella es, en la imaginacion del hombre, como el lente ó cristal de aumento, que abulta y engrandece los objetos.

Todos los males se agravan por la noche.

En los pesares y en las amarguras, las tinieblas son las que más intensamente engendrán el terror, el miedo y el espanto.

Las sombras, que, á través de la oscuridad, suelen parecernos formidables fantasmas, que amenazan darnos muerte, pronto, llegada la luz del sol, se desvanecen.

Nunca está más propenso ó predispuesto á sobrecogerse el corazon, y á intimidarse, que cuando los ojos no pueden percibir ni apreciar con verdadera exactitud los objetos, que nos cercan.

Y más, en otro concepto, aterra un mal cualquiera, miéntras parecen estar más lejos ó ser más imposibles el auxilio y el remedio.

Por eso la ley ha querido, con muchísima razon, que lleven consigo

mayor pena todos aquellos delitos, que *de noche ó en despoblado se ejecutan.*

Esta circunstancia—decia el Código de 1850, y dice hoy el reformado—*la tomarán en consideracion los tribunales, segun la naturaleza y accidentes del delito.*

Y es esto ciertamente, porque ni la noche, ni el despoblado pueden admitirse, como circunstancia de agravacion genérica, cuando no resulte probado que se hubieron de buscar con intencion y de propósito, para mayor seguridad del delito é impunidad del delincuente.

Antes de seguir adelante, nos es indispensable traer á este lugar el decreto del Regente del Reino de 1.° de Enero de 1871, por el cual se mandó hacer una nueva edicion oficial del Código de 1870, que hasta el presente—y va á concluir el de 1875— aun no se ha hecho.

Nuevas correcciones, sobre otras anteriores, se consignaron en el mismo, siendo una de ellas la relativa á la circunstancia décima quinta del art. 10, á la cual se deben añadir estas palabras:

.... «ó en despoblado y en cuadrilla.»

Si, pues, en los Códigos de 1850 y 1870, antes de la publicacion de ese decreto, era igual la redaccion de la expresada circunstancia agravante genérica, ahora debe entenderse, en el segundo, de este modo:

Ejecutarlo de noche, ó en despoblado, ó en despoblado y en cuadrilla.

¿Y cuál ha sido el resultado práctico, que en el pensamiento y en el espíritu de la ley ha venido á producir la correccion?

Confesamos ingénuamente que no damos con él.

Consignadas estaban antes *la noche y el despoblado*, y si al aumentarse despues eso de que, cuando el delito se cometa *en despoblado y en cuadrilla*, se ha de estimar la agravacion, no se aumentan más que las palabras.

La idea, el pensamiento, la interpretacion, la inteligencia son idénticas.

Con la frase *en cuadrilla*, que se añade y la conjuncion copulativa, que la precede, respecto al *despoblado*, ni se ha dicho más ni se ha dicho ménos de lo que antes se decia; porque si bien parece que lo que se ha querido significar es que cuando el delito se comete en cuadrilla, siempre que sea en despoblado, hay circunstancia agravante genérica, no sucediendo lo propio, cuando sea *en poblado*, por más que sea *en cuadrilla*, esto, sin la correccion, se comprendia de igual manera.

Tomemos la fórmula antigua y comparemos.

Una cuadrilla de salteadores entra *de dia* en un pueblo, ó entra *de noche* y roba varias casas, ó se coloca en la encrucijada de un camino y comete igual delito.

Como la agravacion, segun los términos de la ley, en su antigua redaccion más breve, no consiste en lo de *la cuadrilla*, sino en que el hecho se ejecute simplemente *de noche ó en despoblado;* dado el primer caso, los malhechores no tendrian contra sí la circunstancia agravante, en lo que á la noche y al despoblado se refiere; en el segundo, la tendrian por aquel único concepto de la nocturnidad, y en el tercero, estarian de lleno dentro de ella, por haber ejecutado el hecho en despoblado.

Con que si el pensamiento, que en la correccion va envuelto, es el de que el crimen cometido *en cuadrilla dentro de poblado*, no lleva en sí la agravacion, lo propio, ni ménos ni más, se entendia antes.

Esta misma idea, con relacion á los robos, que son los que en su ejecucion se adaptan más á la colectividad, se halla perfectamente explicada en el art. 517; sin que como aumento de agravacion, en los demas delitos, ofrezca la correccion ventaja alguna.

Estamos, pues, porque en la nueva edicion oficial—cuando se haga—con ó sin la reforma hoy proyectada y en estudio, la circunstancia décima quinta del art. 10, quede como está, porque para su buena y cabal inteligencia nada le hace falta.

Pero hemos dicho que ella, en sus dos conceptos, debe ser intencional y buscada de propósito y así debe apreciarse.

En despoblado tienen lugar las lesiones de dos enemistados, que casualmente se encuentran en medio de un monte y se acometen y se hieren, como se causan de noche las de otros, que, á las altas horas de ella, se tropiezan en la calle y se maltratan, y ni aquí la noche ni allí el despoblado pueden servir para agravar la responsabilidad, en que han podido incurrir estos ó aquellos.

La noche agrava cuando, á favor de sus sombras, con ánimo anterior de aprovecharlas, se delinque; cuando el culpable se aprovecha de su natural influencia, para más acobardar é intimidar á la víctima, que busca, ó, con fin siniestro, acecha.

Y agrava el despoblado, cuando el criminal se ampara intencionalmente de su soledad, para robar ó herir más á mansalva.

A este propósito ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Julio de 1872—y bueno es consignarlo—que no puede inferirse de una manera cierta la circunstancia de haberse ejecutado un hecho en despoblado, cuando por las condiciones especiales del país, éste se halla compuesto de caseríos inmediatos los unos á los otros.

Pues es claro.

Donde hay caseríos próximos habitados, no se puede decir que hay despoblado.

Despoblado es lo desierto, el campo yermo, el lugar solitario y apartado de los hombres, donde puede el malhechor ejecutar sus malas obras sin temor de próximo peligro y sabiendo que el ofendido no ha de poder recibir auxilio extraño.

Pero todavía, si en ese país de condiciones especiales, los caseríos estuviesen á tanta distancia, que no se pudieran comunicar fácilmente los uno á los otros, y el crímen se cometiese donde, por aislado, desde ninguno de ellos pudiera presenciarse, en una hondonada, tras de un cerro, en un barranco, los caseríos, más ó ménos próximos, no podrian borrar de modo alguno la agravacion, que llevaria consigo el hecho.

Ejecutarlo en desprecio ó con ofensa de la autoridad pública.

Cometer el delito en lugar sagrado, en los Palacios de las Córtes ó del Jefe del Estado, ó en la presencia de éste ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.

Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto, que por la dignidad, edad ó sexo, mereciese el ofendido, ó en su morada, cuando no haya provocado el suceso.

Estas, que tanto en el Código vigente, como en los anteriores, con escasa diferencia, constituyen las circunstancias agravantes genéricas *décima sexta*, *décima novena y vigésima* del art 10, van á parar á un mismo fin, coinciden en un pensamiento comun y revelan idéntica tendencia.

Téngase, sin embargo, en cuenta que el desprecio y ofensa á toda autoridad pública, pueden, por sí solos, significar un desacato.

Claro es, pues, que, en este caso, la circunstancia agravante, dejando de ser un accidente del delito, seria el delito mismo.

La ofensa ó desprecio de la autoridad pública, que dice la primera de las tres, que acabamos de copiar, es, á su vez, la ofensa ó el desprecio del respeto, que por su dignidad mereciese el ofendido, que dice la tercera, con que se demuestra, si no la absoluta identidad, la más perfecta é íntima analogía entre una y otra, segun hemos indicado.

Por lo demás, bien puede comprenderse, sin más explicacion, que

no ha de tener igual trascendencia un crímen dado, cuando se comete en medio de la plaza pública ó en una habitacion particular, sin provocacion del dueño de ella, que cuando se ejecuta en lugar sagrado, en los palacios de las Córtes, ó del Jefe del Estado, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.

El Código de 1850, reproduciendo, en esta parte, el texto de el de 1848, decia:

Cometer el delito en lugar sagrado ó inmune.

El de 1870 ha borrado esta última palabra, poniendo en cambio *los palacios de las Córtes ó del jefe del Estado.*

Si á la vez hubiese omitido la frase, que le sigue—que aumentó tambien—habria estado tan discretamente omitida, como discretamente suprimida la palabra *inmune.*

..... *ó en la presencia de éste*—dice—*ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.*

Pues si el jefe del Estado—rey, ó presidente de la República ó del Poder ejecutivo—es la primera entre todas las autoridades públicas, la frase *en la presencia de éste*, dada la que va detrás, es de todo punto ociosa.

Y si por lugar *inmune*—lugar de asilo—se ha entendido siempre y ha venido siendo aquel, que disfrutaba de un privilegio especial, en favor de los delincuentes, que á ellos se acogian, y se decia, por punto general, de los templos, el adjetivo no podia ménos de ser sobradamente vago, al objeto de la apreciacion de la circunstancia agravante relativa; mucho más, cuando aparecia precedido de otro, con significacion más concreta, pero que, en todas sus eventualidades, explicaba mejor el pensamiento.

Despues de decir *lugar sagrado*, no podemos adivinar cuál otro podria haberse tenido por inmune, á los efectos de la ley, cuando hasta para con las iglesias parece haber desaparecido implícitamente y de algun tiempo á esta parte el privilegio.

No recordamos, á lo ménos, que se haya invocado recientemente en caso alguno.

Si el Código de 1870, en la circunstancia *décima novena*, hubiera mantenido la palabra, nos habria sido preciso explicarla con algun detenimiento.

Su bien meditada y oportuna supresion nos ahorra este trabajo, si-

quiera le consagremos dos palabras, para mejor apreciar su conveniencia.

Lo *inmune*, en su acepcion comun, es de interpretacion tan lata, que lo mismo puede alcanzar, por el privilegio que supone, á las personas que á las cosas, así en lo civil, como en lo militar y en lo eclesiástico.

Esta misma vaguedad de la palabra viene á demostrar que no fué la más á propósito, ni de la que mejor y con más acierto se pudo valer el legislador, para expresar su pensamiento.

Aun en su acepcion puramente eclesiástica, la *inmunidad* significa el conjunto de privilegios y exenciones, concedidos á las iglesias y á las personas, que á ellas pertenecen, dividiéndose en personal, real y local.

La *inmunidad*, á que se referian los Códigos de 1848 y 1850, era la última de las tres, segun la cual, los templos y demás lugares religiosos se consideraban exentos de todo uso profano; eran tenidos por lugares de asilo, de donde no podian ser extraidos, sin permiso del Vicario, ni ser condenados á la pena capital los delincuentes, que en ellos se hubiesen refugiado.

El orígen de este privilegio se pierde en lo más remoto de los tiempos.

No creemos que se halle derogado por una disposicion expresa, y aunque en época, relativamente no lejana, se ha dado algun caso, ninguno recordamos, ni podemos citar, que á estos últimos años, vigente el sistema constitucional, pueda referirse.

Los antiguos obispos trataron siempre, con gran calor, de mantenerlo, y hasta llegó el caso de que, á consecuencia y en virtud de inteligencias, más ó ménos amistosas, entre los emperadores y los príncipes, se dejó al Sumo Pontífice la legislacion sobre este punto, que, en verdad, no ha producido despues pocas discordias.

Pero si lo *inmune*, en el sentido de la ley antigua, era precisamente *lo sagrado*, con relacion á las iglesias, no hubo para qué llevar á ella la confusion de una palabra sin significado propio, cuando en la otra quedaba el pensamiento más claramente definido.

Lugar sagrado, en la acepcion jurídico-religiosa, que á la frase ha querido dar el Código, es aquel, que exclusivamente está consagrado ó dedicado á Dios.

Dentro de esta definicion prévia y terminante, fuera de los templos, donde á Dios se reverencia y se le rinde culto y homenaje, no hay otro lugar, que pueda tenerse por sagrado.

Algunos comentaristas, dando mayor alcance á la fórmula legal, que analizamos, entienden tambien como lugar sagrado las piezas adyacen-

tos de una iglesia, tales como las sacristías, los cláustros, los pórticos, los átrios; mientras que otros sostienen que los cementerios, que la religion consagra, están en igual caso.

Respecto de este particular, creemos indispensable una distincion importantísima.

Segun nuestra antigua legislacion—ley 2.ª, tít. 28, Partida 3.ª—las cosas, que no pertenecen á señorío de ningun hombre ni son contadas en sus bienes y que, como escribe Salas en su *Derecho real de España*, solemos llamar de derecho divino, por estar establecidas para el servicio de Dios, se dividen en *sagradas, religiosas y santas*.

Son las primeras aquellas, que consagraron los obispos, como iglesias, altares, cruces, cálices y otras semejantes.

Lugar religioso, segun la ley 14 del mismo título, era aquel en que estaba enterrado un hombre, ó á lo ménos su cabeza; si bien en España, andando el tiempo, solo se reconoce por tal el que han *bendecido* los obispos, como acontece con los cementerios, no siendo lícito enterrar los muertos en otros parajes diferentes.

Los muros de las ciudades y sus puertas eran, entre los romanos, cosas santas.

Sin seguir, pues, adelante en esta explicacion, que no es del caso, venimos á parar en que el *lugar sagrado*, segun el pensamiento del Código, es la iglesia, consagrada á Dios, en cuanto con el culto tiene relacion, de puertas adentro y nada más.

Podrán serlo tambien —y en efecto lo son— las sacristías, como sus dependencias contíguas y de todo punto necesarias, donde se guardan, custodian y administran los ornamentos, vasos y demás objetos destinados al servicio divino; pero de ninguna manera los cláustros, átrios ó pórticos, que son de suyo independientes.

Y lo es, en igual concepto, la capilla de un cementerio, que es templo del mismo; pero no los pátios ó galerías, donde están colocados los sepulcros, que solo tienen el carácter de lugar religioso y no se hallan, por lo tanto, comprendidos dentro de la ley.

Pudiera, pues, la circunstancia décima novena quedar redactada de este modo:

Cometer el delito en lugar sagrado, en los palacios de las Córtes ó del jefe del Estado, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.

Tambien se agrava y es mayor la responsabilidad del delincuente,

cuando ejecuta el delito en la morada del ofendido, siempre que de éste no haya partido la provocacion, dando ocasion con ella al hecho.

En esto ha estado la ley perfectamente lógica y discreta.

La santidad del domicilio ageno es inviolable.

En ninguna parte puede el hombre considerarse más seguro de agresion extraña que en su casa.

Santos eran, entre los romanos, los muros y las puertas de sus ciudades.

Santos, en igual concepto y aun con mayor razon, deben considerarse, entre los hombres regidos por leyes previsoras y justas, los muros de sus hogares y sus puertas.

El hogar doméstico, en toda sociedad bien constituida, supone y significa, para toda familia, una série de garantías individuales, de tanta importancia y trascendencia, que, en circunstancias normales, ni la autoridad misma, sin ciertos respetos y requisitos legales, puede quebrantar.

Aquí podríamos traer, con perfecta exactitud, la palabra *inmunidad*, que hemos borrado de otra parte.

La morada de todo ciudadano es siempre y en toda ocasion el asilo de su propia persona y de los indivíduos, que constituyen su familia, y dentro de ella la ley los hace *inmunes*; esto es, los pone á cubierto y en perfecta seguridad de los riesgos y peligros, que, fuera de sus muros, pudieran alcanzarles.

Por eso es que el que entra en casa agena, para matar ó para herir, violando el sagrado derecho de ese asilo, que las leyes santifican y la sociedad respeta, sobre la responsabilidad propia del crímen que comete, lleva la mayor responsabilidad, que esa transgresion de un derecho legítimo le imprime.

Hay casos, sin embargo, en que tal circunstancia no puede producir los efectos de la agravacion, ya por la índole de los hechos punibles, que en la morada agena se cometen, ya por la razon que dá lugar á ellos.

Cuando el culpable ha obrado en consecuencia de provocacion del ofendido, desde luego ha de entenderse que éste, renunciando á todas las garantías de su situacion, por estar dentro de su casa, la constituye por sí mismo en palenque de la escena, que dá ocasion al crímen.

En este caso, hasta podria acontecer que la que debió ser circunstancia agravante para el agresor, se hiciese atenuante, si la provocacion del ofendido llenaba, en esta parte, las condiciones de la ley.

Tampoco la índole del hecho punible admite, en algunas otras ocasiones, ese motivo de agravacion, de que tratamos.

La morada es á veces tan inherente al crímen, que sin ella, al tenor del art. 79 del Código, no pudiera cometerse.

No cabe allanamiento, por ejemplo, sin muralla, que se allane, ni es posible el robo, en lugar habitado, sin ese mismo allanamiento prévio ó violacion del domicilio.

Esto se explica por sí mismo.

De igual modo, y con la propia claridad, se explica ese otro punto, contenido en la misma circunstancia, respecto de la agravacion, que produce la ofensa ó el desprecio del respeto que, por su edad ó sexo, mereciese el ofendido.

Sin más que apelar á los sentimientos propios y naturales del corazon, se viene en conocimiento de lo bien que ha hecho el legislador en dar esa ganantía de mayor seguridad, en lo posible, á la débil mujer y al pobre anciano.

La puñalada que asesta el hombre vigoroso á otro hombre de análoga condicion y de igual fuerza, nos produce horror y espanto; pero si vemos que el agresor es jóven, y su víctima tal por su edad, que como dice el Código del Brasil, pueda ser su padre, lleno de arrugas y de canas, ó acaso una mujer, la indignacion se apodera de nuestra alma, y las calificaciones más duras para con él nos van al pensamiento.

El delito, por esta misma razon, adquiere más intensidad, crece la inmoralidad en él; se hace el delincuente, á los ojos de la sociedad, más repugnante, y por esto el Código ha resuelto que, en tales casos y por tal circunstancia, el castigo sea mayor.

Uno de los datos más esenciales en toda causa criminal, por diferentes disposiciones exigidos ó recordados, es el que se refiere á los antecedentes penales ó conducta anterior del procesado.

La ley, que jamás ha querido igual rigor en sus castigos para el hombre que, acaso honrado y virtuoso, comete un crímen en un momento dado —primero y último tal vez— que para aquel otro de índole perversa, que habituado á delinquir, ha sido dos ó más veces sometido á la accion de la justicia, ha considerado tambien esta última como circunstancia agravante y así lo ha consignado.

Hay criminales que lo mismo hurtan, que matan y que roban; mientras que otros, por instinto, por inclinacion y por enseñanza, que tam-

bien hay mucho de esto, se acostumbran á cierta clase de delitos, á los cuales viven dedicados.

Entre estos últimos figuran, en primer lugar, los hurtadores.

El hurto, organizado á manera de industria, sobre todo en las grandes poblaciones, es positivamente el delito, que dá orígen á mayor número de causas.

Las estadísticas de todos los paises lo demuestran claramente.

Y esto no es extraño, porque mientras los grandes criminales necesitan, para serlo, instinto propio y carácter adecuado, que no todos tienen ciertamente, por más que la mala educacion y la falta de religion contribuyan mucho á ello, en los crímenes pequeños la mala educacion y el mal ejemplo lo hacen todo.

En Lóndres, en París, en Madrid mismo, en todas las ciudades populosas, existen maestros y maestras, que enseñan el hurto, como existen tambien de mendicidad, de prostitucion y de otros vicios.

La mujer de condicion abyecta y degradada, que quiere vivir y medrar lejos del trabajo, se asocia al hombre vago y holgazan, que la sigue en sus inmorales extravíos, y consagrando, ambos unidos ó cada uno por su cuenta, toda su habilidad y su ingenio á la apropiacion punible de aquello, que no le pertenece, ni saben salir del hurto, ni más que con lo que hurtan se mantienen.

Los padres llevan á sus pequeños hijos por esa mala senda y los enseñan, y con sus lecciones los adiestran: las madres, por su parte, hacen lo mismo con sus hijas, habiendo muchos de los que en habilidad tan abominable sobresalen, que retirados *del trabajo práctico*, viven, gastan y triunfan, á expensas de sus discípulos, en cuyas rapiñas llevan siempre parte.

Esto que decimos, y más todavía que dejamos por decir, lo hemos visto escrito en procesos, que nosotros mismos hemos despachado.

Hemos leido el caso de una madre, que abofeteaba sangrientamente á una hija suya, de nueve años de edad, *porque se dejaba sentir*, al sacarle de la faldriquera los diferentes objetos, que en ella se guardaba, para aleccionarla.

Hemos visto tambien á un anciano, encorvado por la edad, de barba larga y cenicienta, no mal vestido y con todo el aspecto de hombre honrado, del cual nadie podia desconfiar, sirviendo de mentor á un rapaz de doce á trece años, los cuales ejercian su lucrativa industria entre los grupos de curiosos, siempre, á todas horas, y sobre todo por las noches, abismados ante los trasparentes cristales de los escaparates de la calle de la Montera; el anciano dirigia la operacion y el rapaz la ejecutaba.

Hemos leido, además, la declaracion indagatoria de otro jóven de

unos diez años escasos, sorprendido en el acto de haber sustraido á la entrada del teatro del Príncipe el pañuelo, que un caballero llevaba en la levita: declaracion que entonces copiamos y que en sus principales detalles vamos á trascribir, por lo que tiene de curiosa.

Dijo:

«..... que en efecto, él habia sido el que sacó á un señor, que iba á entrar en el teatro, el pañuelo que llevaba en el bolsillo; que lo hizo porque siendo ya más de las once de la noche, y *no habiendo podido todavía dar ningun golpe*, si volvia á su casa sin carne, sabia que entre su madre y el tio Joaquin le darian una paliza, de la que no se podria mover en cuatro dias, como ya le habia sucedido en otras ocasiones.»

«..... que el tio Joaquin es el que por la mañanas se viste de señor y se va á las iglesias, donde hay música, ó á las cuarenta horas, y se arrodilla junto á los que están rezando, santiguándose muchas veces, dándose muchos golpes en el pecho, y sacándoles, cuando los vé más distraidos, el reló, ó los cuartos, ó el pañuelo del bolsillo; lo cual sabia por haberlo visto, pues le acompañaba algunas veces y le tenia de rodillas á su lado, para que se fuera acostumbrando á ser devoto; que luego por las noches, cuando va á su casa, se reunen allí dos primos suyos, que son mayores que él y el hijo de la tia Francisca y dos chicas, que venden fósforos, y su madre se pone la saya negra, que tiene la abertura en medio, y el tio Joaquin les dice cómo han de poner los dedos, para sacarle los ochavos, y cuando su madre los siente vuelve la mano y les pega un revés, que los deja tontos; que en seguida de esto le dan un pedazo de pan y queso duro y lo echan á la calle, para que pesque lo que pueda y que cuando no pesca y lleva algo, aunque sea un pañnelo viejo, lo apalean.»

¿Qué estraño, pues, que haya tantos hurtos, si los medios mejores de hurtar suponen ya, entre los criminales, un verdadero plan de estudio y de enseñanza?

La ley, pues, que esto tuvo muy en cuenta, señalando en los números *diez y siete* y *diez y ocho* de su art. 10, como motivos genéricos de agravacion, el castigo anterior del culpable por delitos de igual, mayor ó menor pena, y además la reincidencia, no quiso limitar en los hurtos los efectos de esta última á ese mismo resultado, y la elevó á esfera superior, segun dispusieron los Códigos de 1848 y 1850—aquel en su artículo 428, y este otro en el 439—y segun dispone tambien el reformado de 1870, en el núm. 3.° del 533, con una importante modificacion, que en cierto modo, lo diferencia de los otros.

Es además de advertir que tampoco en ninguno de los tres hay conformidad, respecto de los términos, en que se hallan redactados.

El de 1848 elevaba la penalidad al reo de *hurto habitual* —reo habitual de hurto habria sido más propio— el de 1850 al reincidente, en la misma ó semejante especie de delito: el de 1870, al dos ó más veces reincidente.

Y aquí hemos de hacer notar la tendencia —no diremos si bien ó mal entendida— que ha predominado en este último, y la inclinacion constante á disminuir la penalidad en muchos y muy graves delitos, como por ejemplo, en los que comprometen la paz ó independencia del Estado —artículos 115, 147, 149 y 152—en los de piratería—art. 155—en los de rebelion y sedicion—arts. 244, 245, 246, 249, 254 y 255—en los de atentado—arts. 264 y 276—en los de parricidio y asesinato—artículos 417 y 418—en los de lesiones, violacion, estupro, rapto, robo, hurto y otros muchos, que seria prolijo enumerar, sin que tampoco venga al caso.

Concretándonos, pues, á los de hurto, en su relacion directa con su agravacion especial y fuera de ella, no podemos ménos de lamentar, como lamentan jurisconsultos entendidos, no ya precisamente que, para la cualificacion de esta clase de delitos, se exija hoy una reincidencia doble, cuando ménos, sino que todavía se hayan relegado á las faltas hechos de verdadera importancia, que si bien por su cuantía parecen no tenerla, por sus detalles pueden revestir y revisten, en efecto, como se han dado ya muchos ejemplos, caractéres muy alarmantes, que los alejan á muchísima distancia del art. 606, número 10, libro 3.° del Código vigente.

No es esta, sin embargo, la ocasion, ni esta la página más oportuna, para tratar de este punto, que en su dia, con el indispensable detenimiento tocaremos, limitándonos ahora al estudio de las dos circunstancias agravantes, que vienen siendo el principal objeto de estas líneas.

Las copiaremos textualmente:

Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito, á que la ley señale igual ó mayor pena, ó por dos ó más delitos, á que aquella señale pena menor.

Esta circunstancia la tomarán en consideracion los tribunales, segun las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito.

Ser reincidente.

Hay reincidencia, cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviese ejecutoriamente condenado por otro, comprendido en el mismo título de este Código.

Los Códigos de 1848 y 1850 habian estimado y señalado, como circunstancia agravante genérica, la de que el culpable hubiese sido castigado anteriormente por delito, á que la ley señalase igual ó mayor pena, no habiendo avanzado tanto como el de 1870, segun el cual, ese mismo castigo anterior, por dos ó más delitos de pena inferior, produce el mismo efecto.

Lo aplaudimos.

Si fuera posible una comparacion, siquiera aproximada, de los delincuentes anteriormente condenados, acaso los testimonios de dos ó más delitos de pena menor, darian de sí y revelarian más perversidad de corazon en ellos y más instinto al crímen, que uno de igual ó mayor pena.

Y aún, sin ser esto así, cuando la ley ha buscado en esta circunstancia el mejor medio, y ha llevado el propósito y el fin de castigar con más rigor á los que, en las acciones de su vida pasada, revelan ó manifiestan ménos predisposicion á corregirse y enmendarse, bien ha hecho en equiparar, para ello, á los que más gravemente delinquieron una vez, y á los que más levemente delinquieron dos, ó tres, ó cuatro veces.

Sucede, sin embargo, respecto de este extremo, que habiendo querido el legislador de 1870 ir algo más lejos, se ha quedado algo más corto.

Comprendiendo, sin duda, cuán difícil debe ser en la práctica, como realmente lo es, la verdadera y más exacta apreciacion de esta circunstancia, la ha dejado, en párrafo distinto, al prudente arbitrio de los tribunales; porque tales pueden ser en ocasiones dadas las circunstancias del culpable ó tales la naturaleza y efectos del delito, que deba hacerse caso omiso de ella.

No cabe interpretarse de otro modo.

A no ser esto, de que la ley haya querido que, en casos especiales, no produzca efecto, en lo demás, ya para el de la agravacion, si existe sola, ya para el de la compensacion, si ha concurrido en el hecho alguna otra atenuante, la explicacion habria sido de todo punto innecesaria.

Las leyes no se escriben en sentido negativo.

Bajo este punto de vista, dada la ocasion especial de que el castigo anterior, por delito de igual ó mayor pena, ó por dos ó más de otra menor, no deba apreciarse, lo mejor habria sido omitirla.

Una vez escrita, preciso es aceptarla en todas sus condiciones, al igual de las demás circunstancias agravantes.

Nada se dice, por ejemplo, cuando se habla de los abusos de superioridad ó de confianza, y es, sin embargo, evidente, que los tribunales los apreciarán siempre y en toda ocasion, segun y como resulten de los

autos; teniendo en cuenta las condiciones del delincuente y la naturaleza y efectos del delito.

Esto es esencialmente rudimentario, dentro de los preceptos mismos del Derecho, y no porque desapareciera el párrafo segundo de la circunstancia *décima sétima* del art. 10, perderia ésta su eficacia, ni dejaria de ser, en todas las eventualidades, lo que el legislador quiso que fuera.

El Código francés, reformado en 1832, sustentando ese mismo principio de la agravacion, nacida de condenas anteriores, ha sido mucho más minucioso en esta parte.

En sus arts. 56, 57 y 58 determina expresamente los casos relativos de mayor penalidad, segun los crímenes anterior y posteriormente cometidos, señalando, en cada uno, las que respectivamente deben imponerse.

Si la del primer crímen, por ejemplo, fué aflictiva y la principal del segundo es la degradacion cívica, el destierro: si destierro, detencion: si trabajos forzados perpétuos, siendo esta misma la pena que la ley señala al nuevo hecho cometido, la de muerte.

No es necesario penetrar muy de lleno en el fondo de esta disposicion de la legislacion francesa, para comprender que, si bien circunscribe y sujeta el fallo judicial á bases fijas, precaviendo, hasta cierto punto, los casos de arbitrariedad, que de una regla absoluta y general pueden nacer, ni los evita por completo, ni por medio de esa escala gradual taxativa, que señala, lleva mayor claridad al pensamiento, ni su resultado es más exacto.

Hasta la última pena puede tambien elevar la que se haya de imponer á un delincuente, esa, que sólo ha sido y sigue siendo entre nosotros una circunstancia de mera agravacion genérica, y tal, y tan sencillamente está explicada—salvo como hemos dicho, su párrafo segundo—que no hay delito, á que en relativa proporcion no alcance, ni pena, cuando la ley lo quiere, que no agrave.

Pero como ésta no siempre puede prevenir tan minuciosamente, en un precepto, detalles ó condiciones especiales, que suelen llevar consigo sucesos no previstos, nada más natural, cuando dentro de una definicion no cabe todo, ni más propio que eso de que el buen sentido de los tribunales, sin salirse del precepto mismo, supla lo que falta; salvo siempre el caso concreto, si por su importancia y trascendencia lo merece, á que en su segundo párrafo el art. 2.° del Código de 1870 se refiere.

Este es precisamente el espíritu del párrafo, tambien segundo, de la circunstancia décima sétima del art. 10 del mismo, que en los de 1848 y 1850 no existia, que de suyo se siente, sin necesidad de que esté escrito, y que creemos de todo punto ocioso; por más que, dada una preci-

su alternativa, nos parezca preferible á la combinacion gradual, que el Código francés, respecto de este extremo, nos ofrece.

Hablando de lo mismo, todavía el Código austriaco—en su art. 37—ha sido más parco y más conciso.

Haber cometido—dice—*muchos delitos de diferente especie.*

Esto sí que es vago.

Mucho significa lo abundante, lo excesivo en cantidad ó en calidad: *muchos*. lo excesivo en número.

Si nuestro Código se hubiera expresado de este modo, no queremos pensar cuántas dudas surgirian á cada instante en el ánimo de nuestros jueces, aun suponiendo en todos ellos el más recto criterio y la más clara inteligencia.

Lo mucho, no puede ménos de ser, y es siempre relativo : lo relativo está sujeto á diversa apreciacion : la apreciacion exacta de lo mucho, es imposible.

Veinte delitos podrian ser muchos relativamente á tres: relativamente á ciento, serian pocos.

¿Dónde, pues, la verdadera regulacion, para poder cumplir con el precepto de la ley?

Citamos esta otra disposicion de la legislacion austriaca, para venir á parar de nuevo y repetir, que entre ella y la del Código francés, optamos por la nuestra.

En lo que el francés, y el austriaco, y el de Napoleon, y el del Brasil y los españoles de 1848, 1850 y 1870 están conformes, es en la agravacion, que nace de la que, en todos ellos, se llama *reincidencia*, por más que cada uno la defina y explique á su manera.

Y hé aquí que más aceptable nos parece, en esta parte, el laconismo de nuestros anteriores Códigos—*ser reincidente de delito de la misma especie*—no creyendo, como no creemos, que la definicion que nos ofrece el reformado, llena cumplidamente sus indispensables condiciones.

Vamos á demostrarlo brevemente.

Reincidir es tanto como volver á caer ó incurrir en algun error, falta ó delito.

La *reincidencia* es, por consiguiente, la reiteracion de un mismo hecho.

Parece, pues, que aquel que hoy hurta un reló, si mañana hurta un bolsillo, es reincidente, como no podrá ménos de serlo el que habiendo herido ayer á una persona, hoy hiere á otra.

La ley, sin embargo, no acepta, en absoluto, este principio.

Hay reincidencia—ha dicho el Código de 1870—*cuando, al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro, comprendido en el mismo título de este Codigo.*

No puede, seguramente, quedar la menor duda del pensamiento del precepto; tanto ménos, cuanto que sin la anterior explicacion, tal ha sido siempre la inteligencia, en esta parte, del Código de 1850 y la jurisprudencia establecida.

Mientras en un proceso no recae sentencia ejecutoria, declarando al reo culpable del delito imputado é imponiéndole el castigo, á que por el mismo se ha hecho acreedor, no existe el antecedente penal, que, en la comision posterior de otro hecho igual, ha de producir la reincidencia.

Puede, en efecto, acontecer, y en muchas ocasiones acontece, que aquel, á quien se procesa por un crímen, cuya responsabilidad parece afectarle, demuestra, en el curso de los autos, su inocencia y es absuelto.

De uno se dice hoy que ha herido á otro, y sometido á la accion de la justicia, hallándose en libertad, mañana hiere á otro, y se le forma otro proceso.

Si en el primero queda absuelto, ¿cómo se ha de estimar la circunstancia agravante de reincidencia en el segundo?

Pero si esto es óbvio, vengamos á los términos concretos de la definicion de la reincidencia, segun el Código de 1870, que puede darnos, en cambio, el caso innegable de una singular anomalía, que hemos de apuntar, porque siéndolo, y muy grande, bien será ocurrir, en cuanto sea posible, á su remedio.

Tomemos por base el mismo ejemplo.

El dia 1.° de Enero un hombre hiere á otro, y es detenido en el acto, y va á la cárcel y se comienza contra él la causa criminal correspondiente.

El dia 1.° de Febrero ese mismo hombre, ya puesto en libertad, comete igual delito en otra persona diferente, y se le forma otro proceso.

Por las circunstancias especiales de cada uno de ambos casos, por la mayor facilidad, respecto de los testigos llamados al sumario, ó por cualquiera otra de esas vicisitudes, tan comunes en las actuaciones judiciales, el segundo termina antes que el primero, y el reo queda ejecutoriamente condenado.

Llega despues el caso de la sentencia del primero, y el juez, que se encuentra con una ejecutoria anterior, por la cual se castiga al mismo procesado, en el concepto de reo de otras lesiones, no puede ménos de considerarlo reincidente, elevando ó compensando la pena del delito, segun las demás circunstancias del suceso.

Hé aquí, pues, un reincidente dentro del texto ineludible de la ley, respecto del cual, y por esa misma supuesta reincidencia, se agrava la penalidad, sin que antes haya cometido ningun otro delito.

Luego si el texto de la ley puede dar lugar á tal contrasentido, no llena cumplidamente sus indispensables condiciones.

Será tenido por reincidente—dice el Código de Napoleon, en su artículo 78—*todo el que cometa un nuevo crímen, despues de haber sido condenado por otro anterior.*

Se entenderá condenado—añade—*todo indivíduo contra quien se haya pronunciado irrevocablemente una pena, cuya ejecucion legal sea procedente.*

Segun esta doctrina, que, en sustancia, viene á ser la misma que la consignada en nuestro Código, no hay reincidencia posible, una vez cometido un delito, respecto de su autor, en tanto concluye la primera causa criminal, que se le sigue, por larga que sea su duracion, y por más que en todo ese intervalo de tiempo, uno, dos, cuatro ó seis años, cometa dos, cuatro, seis ó veinte hechos de igual clase.

Es decir, que allí, donde acaso hace más falta, se borra por tiempo indefinido un precepto de la ley; que allí, donde la frecuente repeticion de actos prohibidos significa una reincidencia más acentuada, y, por consiguiente, más punible, esta reincidencia debe pasar desapercibida y no puede apreciarse.

No se nos oculta la razon filosófica de este precepto, ni tampoco nosotros lo hemos de combatir abiertamente, cuando, acaso por huir de sus tropiezos, se pueda ir á parar á otro mayor; pero no se confunda la reincidencia, en esa *acepcion legal*, que se pretende, con la *acepcion gramatical* de la palabra.

La reincidencia, propiamente dicha—y apelamos al Diccionario de la Academia—no establece intervalo de tiempo indispensable entre la repeticion ó reiteracion de dos ó más errores, faltas ó delitos.

Si la ley, al definirla, no quiere que la haya, sino despues de una declaracion judicial, irrevocable, de la ejecucion y responsabilidad del primer hecho, que sirva de base para la agravacion de los siguientes, nada tenemos que decir; pero repárese, al ménos, en el violento contrasentido, que de ello puede surgir en algun caso.

Esto aparte, no es lo mismo decir, como dice el Código de Napoleon, que será tenido por reincidente todo el que cometa un nuevo crímen, despues de haber sido condenado por otro anterior, que decir, como

dice el nuestro de 1870, que hay reincidencia, cuando, al ser juzgado el culpable, estuviese ejecutoriamente condenado por otro, que en el mismo título se halle comprendido.

Si ambas locuciones suponen un proceso y un fallo, despues de otro proceso y otro fallo, no tanto cabe en aquella como en esta la eventualidad de una reincidencia legal, sin otro delito anterior, del que venga á derivarse.

..... *á no ser*—hubiera podido añadirse—*que, cotejadas las fechas de ambos, se demuestre lo contrario.*

En ménos palabras, á lo ménos en nuestra opinion, podria salvarse, ese, que no deja de ser un grave inconveniente, y expresarse con más claridad el pensamiento.

Una observacion prévia, para su mejor inteligencia.

Todo juicio lleva en sí principio y fin, y aun cuando, en buena doctrina, ningun reo puede decirse definitivamente juzgado hasta que aquel ha concluido y recae el fallo ejecutorio, tampoco puede negarse que comienza á serlo, desde el momento, en que se pone auto de oficio y se instruyen las primeras diligencias.

Entre estas primeras diligencias, sin embargo, y la sentencia ejecutoria suele mediar un largo espacio de tiempo; no siendo lo mismo que la reincidencia se entienda, respecto de un hecho posterior al fallo, con relacion á un segundo hecho, que, en todo caso y de cualquier manera, constituye á su autor en verdadero reincidente; por más que la declaracion legal, á los efectos de la agravacion, haya de depender de la ejecutoria recaida en el primero, sea cuando quiera, siempre que tenga lugar antes del fallo del segundo.

Si hubiera de entenderse que la reincidencia se produce únicamente, cuando al cometerse el nuevo delito está ya juzgado el culpable, ó condenado por otros de igual clase, vendria á suceder que tal circunstancia no naceria, como es lo propio, de la ejecucion del mismo hecho criminal en sí, sino de la sentencia recaida, en que así se hubiese declarado; dándose la anomalía de que veinte hurtos, por ejemplo, cometidos antes de la misma, todos y cada uno de ellos, á los efectos de la agravacion, serian primeros.

Más claro.

Si uno comete dos delitos de una misma especie, uno detrás de otro, con el intervalo de un dia, de dos, ó una semana, desde luego, aunque sin consecuencia penal por entonces, el autor es reincidente; y si formados simultánea ó casi simultáneamente ambos procesos, se falla el primero antes que el segundo, nace indispensablemente, respecto de éste, y se habrá de apreciar en él la reincidencia legal, préviamente decla-

rada por una sentencia ejecutoria, aun cuando el hecho posterior se haya ejecutado antes de haber sido dictada.

La reincidencia, en su acepcion gramatical—preciso es repetirlo—se refiere á la reiteracion de un mismo hecho: la reincidencia jurídica ó legal se refiere al primer fallo por delito anterior, sin consideracion al tiempo ú ocasion, en que séte se haya ejecutado.

Por esto creemos que podria darse la definicion de esta manera:

Hay reincidencia, cuando al recaer sentencia condenatoria en un proceso, aparezca penado el delincuente por otro delito análogo anterior.

O bien en esta forma:

Hay reincidencia cuando al delito posterior precede una condena ejecutoria, por otro igual, anteriormente cometido.

Mientras más medios de preparacion exige un crímen, mayor inmoralidad lleva consigo, y el castigo debe, por lo tanto, ser más grave.

No es lo mismo que uno hiera ó mate á otro enmedio de la calle, donde lo busca ó casualmente se lo encuentra, que dentro de su propia casa, quebrantando para ello sus cerradas puertas, rompiendo el pavimento, la pared ó el techo, ó escalando sus tapias ó murallas.

Pero el escalamiento, que es la circunstancia agravante genérica, vigésima-primera del art. 10, tanto en los Códigos de 1848 y 1850, como en el de 1870, supone un doble carácter, que es necesario distinguir, para mejor apreciarlo, en sus casos respectivos.

En cierta clase de robos es tan inherente al delito, cuanto que precisamente significa la circunstancia constitutiva y casi principal de todos ellos, siempre que en lugar habitado ó inhabitado se ejecutan.

Segun los artículos 521 y 525 del Código de 1870, que son los que han venido á sustituir al 431 y 433 de el de 1850, el escalamiento, por sí solo, determina el robo.

En el primero de estos se han consignado además algunas otras disposiciones aclaratorias, de las que hablaremos, cuando llegue el caso.

Tambien el Código francés de 1832—en su art. 318—habla de esta circunstancia, con relacion al mismo crímen; citando, á su vez, la de

fractura exterior y alguna otra análoga á las nuestras, aunque en términos distintos.

Cuando, en el discurso de nuestra obra, tratemos de esta clase de delitos, que será su ocasion propia, las estudiaremos y analizaremos todas, limitándonos hoy á su exámen, bajo su aspecto de circunstancias agravantes genéricas, en cuyo concepto el Código vigente las consigna.

Advertiremos, ante todo, que entre éste y los de 1848 y 1850, existen, respecto de las mismas, modificaciones esenciales.

Estos últimos decian:

Ejecutarlo por medio de fractura ó escalamiento de lugar cerrado.

El de 1870 dice:

Ejecutarlo con escalamiento.

Hay escalamiento—añade—*cuando se entra por una via, que no sea la destinada al efecto.*

Cuando se entra... ¿en dónde?

Esto es precisamente lo que en la anterior definicion se echa de ménos; por más que desde luego se supla, se suponga y se comprenda.

El de 1848 aplazó su explicacion sobre este punto: el de 1850 la llevó tambien á su art. 431, diciendo aquello mismo.

Parécenos mucho más conveniente y propio el lugar que la definicion ocupa en el últimamente reformado.

Por más que el escalamiento sea circunstancia inherente al robo, tambien, respecto de otros delitos, es genérica de agravacion y allí más principalmente debe figurar, donde, en absoluto, es más aplicable y envuelve y supone la condicion ó carácter de una regla general, de la que solo es una excepcion, cuando se trata de los robos.

Los Códigos de 1848 y 1850 abrazaban, en un solo número, las circunstancias de fractura ó escalamiento de lugar cerrado, mientras que el de 1870, llevando la primera de ellas á otro número distinto, la explica en esta forma:

Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fractura de puertas ó ventanas.

Es decir, que aceptando los tres idénticos motivos de agravacion, aquellos dos, por considerar que son más propios ó característicos de los delitos de robo, los pusieron en el capítulo que trataban de ellos, al

revés del hoy vigente, que por la razon, que acabamos de indicar, los coloca entre las demás circunstancias de igual clase.

Obsérvase, además, que el de 1870 ha eliminado la de haberse verificado el delito, haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos; circunstancia, que en los de 1848 y 1850 se hallaba consignada y que tambien el Código español de 1822—en su artículo 360—tuvo en cuenta.

Por más que esta supresion haya podido obedecer á las modernas costumbres y á las leyes nuevas, dentro de las cuales no caben ya las antiguas rigurosas penas, con relacion al uso de armas prohibidas; no es posible desconocer cuánto arguye contra cualquier delincuente la circunstancia de que haya cometido el crímen, valiéndose de esas, que han sido siempre objeto de sancion penal, como, entre las de fuego, la carabina, el trabuco ó el retaco, y entre las blancas, el puñal, el gifero, almarada, ó navaja de muelle con golpe ó virola, que son las que, por lo regular, llevan consigo los grandes criminales.

Con multa de diez y seis á doscientos francos castiga el Código francés—en su art. 314—al que llevare armas prohibidas: con prision correccional y multas—en el 151—el Código de Nápoles: con prision de quince á sesenta dias—en el 297—el del Brasil; cayendo, segun los tres, en decomiso las armas aprehendidas.

La legislacion española, en esta parte, ha sufrido una reforma tan radical, cuanto que precisamente ha venido á parar de lo excesivamente rigurosa, que antes era, á lo excesivamente lenitiva, que es ahora.

Más que lenitiva, porque nada dice el Código actual de armas prohibidas.

Segun su art. 591, en su núm. 3.°, los que usaren armas sin licencia, serán castigados con la pena de cinco á veinte y cinco pesetas de multa.

Deben, pues, entenderse armas permitidas y armas prohibidas; bien que no existiendo tal prohibicion, todas están en igual caso.

En cambio, remontándonos á los tiempos de la ley 19, tít. 19, lib. 12 de la Novísima Recopilacion, el uso de las últimas, aunque fuera con licencia de la autoridad, se castigaba con seis años de presidio ó seis de minas, segun la clase, á que perteneciese el portador.

El escalamiento, el rompimiento de pared, techo ó pavimento, la fractura de puertas ó ventanas, con relacion á cualquier otro delito, ménos el de robo, segun acaba de indicarse, son sencillamente motivos genéricos de agravacion, que pueden compensarse con otros de atenuacion genérica y que, no compensados, elevan al grado máximo la pena señalada por la ley.

La significacion de esas palabras, escalamiento, fractura de puertas ó

ventanas y rompimiento de pared, techo ó pavimento, es tan clara, en sus respectivos conceptos, que casi parece inútil explicarla.

Hemos dicho, con referencia al escalamiento, que esta circunstancia envuelve un doble carácter; el inherente, propio y constitutivo del hecho, cuando se trata del robo, y el de agravacion genérica, cuando se refiere á otro delito; y ahora hemos de añadir que todavía, dentro de sus condiciones esenciales, con aplicacion á los que se cometen contra las personas, entraña otro tercero, cual es el de premeditacion conocida, cualificativa en varios casos.

Aquel que escala la morada agena, con la idea de matar al que en ella habita, y escalándola lo mata, no es que ejecuta un acto impensado ó del momento, sino preconcebido y con todos los caractéres de un proyecto anterior indubitado.

Esto mismo puede decirse de la fractura de puertas, ó rompimiento de pared, techo ó pavimento.

Rompimiento y fractura se demuestran por sí solos: el escalamiento necesita una justificacion más detenida.

Se entiende así, segun la ley, cuando se entra en el lugar del delito, por una via que no sea la destinada al efecto.

Dado este principio tan absoluto, así el que penetra en casa agena por una ventana, al nivel del suelo, que ve abierta, como el que se introduce en ella por un boquete, que, de más antiguo y á ciencia de su dueño, existe en una tapia, como los que saltan un muro, un vallado ó una cerca, escalan.

Dice á este propósito uno de nuestros comentaristas, ya citado, que cuando se salta por cima de pared, aunque sea vallado, siempre que presente resistencia y ofrezca de ordinario seguridad, hay escalamiento.

Un vallado supone la prohibicion de la entrada en el sitio ó lugar, que dentro del mismo se comprende, pero no todos los vallados presentan resistencia ni ofrecen otra seguridad, que la que nace del derecho de propiedad, que en él se halla consignado.

Hay muchos de aquellos y muchas cercas de tan fácil acceso material, que, sin esfuerzo alguno, pueden traspasarse.

En estos casos y una vez traspasados para cometer un crímen ¿puede decirse con exactitud y propiedad que hay escalamiento?

¿Cabe, por ventura, contestarse afirmativamente á esta pregunta, dada la ocasion ya indicada, de que uno penetre en morada agena por un boquete, abierto tiempo atrás, en una cerca y por su dueño consentido, como debe suponerse, desde el momento en que no lo ha hecho tapar?

De aquel, que por tal boquete penetra en patio ó en corral ó por una

ventana al nivel del suelo, que ve abierta, y se apodera del primer objeto que halla á mano ¿se podrá decir que roba?

No, en verdad, porque no escala, y tal sustraccion no es más que un hurto.

Y ello es que ni de un modo ni de otro entra en el lugar del delito por la vía destinada al efecto; no resultando, sin embargo, las condiciones propias de un verdadero escalamiento.

¿Por qué no hemos de suponer que la ley haya tratado de dar á sus palabras una acepcion exclusiva, que no sea la que en el habla castellana está aceptada?

Escalar es tanto como entrar en algun lugar, valiéndose de escala ó escalera de mano—que es lo mismo—ó abrir, por medio de rompimiento, alguna pared ó algun tejado.

Escalamiento, la accion ó efecto de escalar.

No es indispensable ciertamente la materialidad de la escalera, para que el escalamiento se produzca, puesto que así debe entenderse, siempre que hay necesidad de trepar, ó ascender ó salvar cualquiera altura, sea el que fuere el medio que se adopte, equivalente en sus efectos, segun la ley y dentro de su espíritu, á la escala; pero no consideramos que debe apreciarse de igual modo, cuando por las circunstancias ó condiciones de la pared, cerca ó vallado, se verifica la entrada á paso llano ó poco ménos.

Si no existiese dificultad ó inconveniente que vencer, la apreciacion del escalamiento, como medio para cometer un delito y motivo de agravacion, supondria un contrasentido.

Hay escalamiento—y así podria decirse—*cuando venciendo algun obstáculo, se penetra en el lugar del delito por otra, que no sea su entrada propia.*

Al llegar á la circunstancia vigésima tercera, última de las agravantes genéricas, que en el art. 10 de los tres Códigos españoles, que venimos estudiando y comparando, se determinan y señalan, nos encontramos con una diferencia importantísima, que requiere indispensablemente algunas líneas.

Mientras que el vigente de 1870, que no ha considerado punible la

vagancia, la designa como motivo de agravacion, los de 1848 y 1850, que la incluyeron entre los demás delitos, y como delito la penaban, sin fijar nuevos casos en concreto, dieron el mismo efecto, de aumentar genéricamente toda penalidad, á cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las veinte y dos anteriores, de que se ha venido haciendo mérito.

Esta disposicion es la antítesis de la contenida en el número 8.° del artículo 9.°, con referencia á las circunstancias atenuantes, por aquello que entonces dijimos, de que no siendo fáciles de prevenir todos los casos posibles de agravacion, el legislador habia adoptado una fórmula general, que sometida al criterio de los tribunales y segun su prudente arbitrio, pudiera aplicarse en todas las eventualidades no previstas.

Perfecta semejanza y analogía con cualquiera otra de las literalmente expresadas exigia el Código español de 1822—en su art. 109—así para las circunstancias agravantes como para las atenuantes; comparacion bastante difícil, dentro de esa inflexible exactitud, que requeria, por la diversidad de caractéres, con que las no previstas pueden presentarse.

Por esto y porque en sus veinte y dos números anteriores parece como que se han agotado todos los motivos verosímiles de agravacion, muchos de ellos repetidos, ó dentro de otros embebidos, no echamos de menos en el Código de 1870 esa fórmula general, contenida en los de 1848 y 1850, siquiera, por razon de consecuencia y en natural y lógico contraste con el número 8.° del art. 9.°, bien habria podido consignarse.

En su lugar figura como última esta otra:

Ser vago el culpable.

Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce habitualmente profesion, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria ú ocupacion lícita ó algun otro medio legítimo de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio.

Resulta, pues, que el Código vigente ha traido literalmente á su artículo 10, en el concepto de circunstancia agravante, ese que acaba de copiarse y que íntegro, con sus mismas palabras, es el art. 258 de el de 1850; donde se definió la vagancia, castigada en el siguiente 259 con las penas de arresto mayor á prision correccional en su grado mínimo y sujecion á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de un año, ó con dos y prision, si hubiere reincidencia.

Ni la pena de sujecion á la vigilancia de la autoridad ni el delito de vagancia, cuya definicion modificó en parte la ley de 29 de Marzo

de 1868, derogada más tarde por decreto del Gobierno provisional de 19 de Octubre del mismo año, figuran hoy en la ley nueva.

Que la vagancia tiene una influencia directa y de no escasa importancia en toda cuestion social y de órden público, es indiscutible.

No es de nuestra incumbencia actual, ni vamos á entrar ahora en el exámen de los diversos sistemas de gobierno, con relacion á la misma; unos que con la mayor energía han procurado reprimirla; otros, que la han mirado con cierta indiferencia, dejándola, sin embargo, en la esfera de los delitos públicos, que de oficio deben castigarse; otros, en fin, que la han borrado de la ley penal, en el concepto de tal delito, limitándose á considerarla como un motivo de mera y simple agravacion, respecto de cualquier otro, que dentro de esa situacion especial pueda cometerse.

El Código de 1850 definió la vagancia como define hoy el de 1870 la circunstancia agravante genérica, que de ella hace nacer; siendo el caso, que mientras á la ley de 27 de Marzo de 1868, que la amplió en sentido restrictivo, siguió la circular del dia siguiente, dirigida al ministerio público para su ineludible y más pronto castigo, el decreto de 19 de Octubre del mismo año, publicado en la *Gaceta* del 21, vino enseguida á derogarla, dejando en vigor la definicion y las penas, que el primero de dichos Códigos, á la sazon vigente, señalaba.

Si, pues, para el legislador de 1870 no tenia razon de ser el art. 258, que el de 1850 consignó en el título 6.° de su segundo libro, ¿á qué haberlo traido íntegro á las circunstancias agravantes, como base de una penalidad mayor, reconociendo de este modo la punible inmoralidad de la vagancia?

Es verdad que los efectos de la misma, en uno y otro caso, son distintos, y, sin embargo, el exámen de esta cuestion, bajo su aspecto filosófico, casi nos lleva á reconocer en ella esa especie de antimonia, que necesariamente implica la supresion allí, de lo que aquí se acepta y se consigna.

No hay vagancia—vagancia justiciable—segun la ley moderna.

Todo hombre puede, por consiguiente, pasar su vida sin ocupacion lícita, sin dedicarse á oficio, arte ó industria, sin medio legítimo y conocido de subsistencia, en la más completa ociosidad, no incurriendo por ello en responsabilidad alguna, ni en el concepto de autor de delito, que ha dejado de existir, ni en el de autor de una falta, que tampoco el Código establece.

Esto es perfectamente exacto.

Pues si de ese modo tan libre se permite al que no posee bienes, ni disfruta rentas, ni ejerce profesion, arte ú oficio, ni tiene medio legítimo y conocido de subsistencia, que viva en tal estado de holgazanería, legí-

tima y no punible, ¿por qué se ha de tomar en cuenta, para imponerle pena mayor, en el caso de que cometa algun delito?

El espíritu de la ley está evidentemente comprendido y, sin embargo, no es de todo punto lógica la consecuencia, que de sus dos casi encontradas disposiciones se deduce.

En nuestra opinion—y tenemos datos y antecedentes, para creer que no es nuestra solamente—ó debe suprimirse, en absoluto, la represion de la vagancia, ó elevarla, de no ser así, á la categoría de delito independiente, segun y como en el Código de 1850, ya que no en la ley de 27 de Marzo de 1868, se define y pena.

Dentro del derecho constituido, sin embargo, y en la necesidad de aceptarla, tal y como actualmente está escrita y dentro del lugar, en que se halla, su explicacion y aplicacion son bien sencillas.

Acreditado que el sometido á una causa criminal, por cualquiera de los delitos, que el Código castiga, se halla constituido, al cometerlo, en esa ociosidad, que nace de la falta de bienes, rentas, profesion, oficio, empleo, destino, ocupacion lícita ó medio legítimo y conocido de vivir, los tribunales, si no encuentran compensacion legal con otra circunstancia atenuante, no pueden dispensarse de elevar la penalidad al grado máximo de la señalada por la ley para el delito.

CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.

Al formular el catálogo general de las materias, que comprende en sus tres libros el Código penal de 1870, y que ha servido de comienzo ó introduccion á nuestra obra, para de allí partir y proceder al análisis de cada una de ellas, segun venimos practicando, segregamos de su artículo 10 las circunstancias primera y quinta, para colocarlas bajo otra denominacion distinta, que en aquel no existe; porque reuniendo, ámbas en sí, la virtud de atenuar ó agravar la penalidad de los delitos, segun los casos, ni entre las agravantes ni entre las atenuantes tienen, á nuestro parecer, su lugar propio.

Circunstancias mixtas las hemos llamado, por eso mismo de participar de la naturaleza de las unas y las otras.

Siendo su aplicacion comun en pró ó en contra de los reos, segun los hechos, á que respectivamente pueden contraerse, y por ese doble carácter, con que la ley las determina, ni con las atenuantes, por cuanto pueden servir para agravar, ni con las agravantes, por la razon inversa, parece que pueden incluirse.

Ser el agraviado cónyuge—dice la primera—*ó ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural ó adoptivo, ó afin, en los mismos grados, del ofensor.*

Esta circunstancia la tomarán en consideracion los tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, segun la naturaleza y efectos del delito.

Ni en el Código de 1848 ni en el de 1850 existia este segundo párrafo, que, con grande acierto y reconocida oportunidad, se ha aumentado en el de 1870, como explicaremos en seguida.

Realizar el delito—dice la quinta—*por medio de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo, que facilite la publicacion.*

Esta circunstancia—añade, repitiendo lo mismo que allí dijo—*la*

tomarán en consideracion los tribunales, para apreciarla como agravante ó atenuante, segun la naturaleza y efectos del delito.

Comprendemos desde luego la razon de la primera; pero una vez consignados en el tít. 15 del Código vigente los arts. 582 y 583, no nos hemos podido explicar la razon de la segunda.

La razon filosófica, justa y en alto grado moral de aquella, está precisamente en su segundo párrafo, que en los Códigos anteriores no existia; notabilísimo defecto, que cada vez más se ha venido por la experiencia demostrando, y que, como era preciso, ha sido subsanado.

No hay, no puede haber, no debe, al ménos, entenderse la misma perversidad de corazon, respecto del padre, que irritado, con más ó ménos fundamento, contra su hijo, tratando de castigarle, se excede en su rigor, que respecto del hijo, que alza contra su padre mano ingrata y cruel y le acomete.

En igual caso de la ley se hallaban los dos, dentro del Código de 1850, y á nadie es dado desconocer la distancia, que existe entre ámbos hechos.

El Código novísimo, en el último párrafo de su art. 431, excluye al primero de la mayor penalidad, que señala para el delito de lesiones.

El de atentado ó desacato se nos viene además, y como mejor ejemplo y más claro, á la memoria.

El alcalde ó juez municipal de un pueblo, en el ejercicio de su cargo, se dirige á dos distintos vecinos del mismo, para obligarlos al cumplimiento de actos, á que por la ley están sujetos.

Uno de ellos es su padre, el otro es un extraño.

Tanto éste, como aquel, le niegan su obediencia, y enredados de palabras, le ofenden, le insultan, ó pasando á vías de hecho, le maltratan.

¿Podrá decirse que ámbos están en igual caso? ¿Ha dejado el padre de serlo ante la ley penal, que como el otro, en aquel acto ha infringido? ¿Ha perdido acaso la potestad, de que goza en absoluto, para que se haya de entender privado de todos sus derechos paternales y se le considere, para castigarlo, al nivel mismo del extraño, que ningun vínculo de parentesco tiene con el ofendido?

Positivamente no.

Pues volvamos el ejemplo, y comparemos.

El padre es la autoridad: el hijo el que la ofende.

No es menester discurrir mucho, para comprender cuanto, en este caso, se acentúa la agravacion del hecho, puesto que la ofensa lo es de suyo en dos conceptos, que aunque independientes, no por eso pueden separarse.

Y véase, sin embargo, que, segun los Códigos de 1848 y 1850, dada la ocasion del parentesco, en uno ú otro sentido, la circunstancia, que de él nacia, siempre era agravante.

Pero es el caso que, ántes como ahora, el legislador ha venido reconociendo ocasiones especiales de agravacion ó atenuacion, fundadas en los vínculos y lazos de familia; de tal modo definidas, que en las primeras significan por sí solas un crímen más acentuado, mientras que, en las segundas, se aleja la responsabilidad ó deja de existir.

Desde el momento en que el homicidio se ejecuta en la persona de un padre por su hijo, ó en la de un hijo por su padre, ó en la de una mujer por su marido, la circunstancia genérica del art. 10 desaparece, y el artículo 418 cede su puesto al 417, segun el cual, el carácter y la intensidad del delito cambian por completo, y la penalidad se eleva á superior categoría.

Por el contrario: desde el momento, en que es un hijo el que produce daño en bienes de su padre ó le hurta ó le defrauda, ó un hermano á su hermano—si vivieren juntos—el hecho se aparta de toda condicion criminalmente punible, la responsabilidad penal desaparece, la circunstancia genérica atenuante no tiene aplicacion ni efecto, y los artículos del Código, desde el 530 hasta el 579, todos y cada uno de por sí, ceden al 580 su lugar, en cuanto pueden tener relacion con esos vínculos de consanguinidad ó afinidad, entre ofensores y ofendidos.

No fué, pues, que los legisladores de 1848 y 1850 hubiesen dejado de comprender la necesidad de fijar esa importantísima diferencia, respecto de la agravacion ó atenuacion, producida por el parentesco, en casos encontrados, toda vez que más en concreto la establecieron en artículos determinados: fué, sin duda, que creyendo ámpliamente desarrollado el pensamiento y cumplido su objeto, dentro de ellos, no se cuidaron de esa importante aclaracion, que los de 1870 nos ofrecen, y que respecto de los demás delitos, que no sean homicidios, hurtos, defraudaciones ó daños, es de todo punto indispensable.

Los grados gerárquicos del parentesco, las íntimas, estrechas relaciones, entre los miembros de una misma familia, imprimen necesariamente á los delitos otro carácter distinto de aquel, con que respecto de personas extrañas, deben apreciarse.

Siendo un punto incuestionable que la superioridad, en la escala gradual del parentesco, lleva consigo derechos propios, sobre aquellos indivíduos, que se encuentran en líneas inferiores, lo es de igual manera que el quebrantamiento del deber, que entrañan, cuando lleva tras de sí un delito, acrecienta en mucho su gravedad y lo hace más digno de represion y de castigo.

El hecho punible, en otro caso, esto es, respecto de aquel á quien tales derechos corresponden, si en su ejercicio se excede, si los traspasa, si va más allá de ellos y delinque, no es, en realidad, tan inmoral ni se eleva á tanta altura.

Esos mismos derechos mitigan en cierto modo, y por esa misma circunstancia, la responsabilidad que nace de él, y predisponen necesaria y naturalmente el ánimo á un castigo ménos duro.

No es decir con esto, que esas, que indicamos, sean reglas fijas y precisas de apreciacion, para todos los casos posibles; por más que desde luego comprendamos cuánto envuelven, suponen y significan el pensamiento, la idea, el fundamento y el espíritu del párrafo segundo, que el Código de 1870 ha añadido á la primera de sus circunstancias agravantes.

Habiendo debido sujetarse en él á una fórmula concreta, y queriendo contener sintéticamente y abrazar todo un precepto, para ocurrir á eventualidades tan diversas, no ha podido expresarla de otro modo, y por esto ha sido el dejar su exámen y aplicacion al prudente arbitrio de los tribunales.

Bien ha estado en ello, y ojalá pudiéramos decir lo propio del párrafo segundo de la circunstancia quinta, sometida de igual modo y con idénticas palabras, al buen sentido y al criterio judicial.

¿Cuál es el efecto de tal circunstancia, segun los términos del Código?

El mismo nos lo dice.

Agravar en unos casos y atenuar en otros la penalidad de los delitos, que se realicen por medio de la imprenta ú otro medio análogo, que facilite su publicidad.

Pues vengamos primero á los casos de atenuacion, y veamos si es ésta posible, en las condiciones de una circunstancia genérica, dados los preceptos contenidos, como disposiciones generales, en los arts. 582 y 583, últimos de su libro, y que de la imprenta hablan igualmente.

Los que provocaren directamente por medio de la imprenta—dice el 582—*el grabado ú otro medio mecánico de publicacion á la perpetracion de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados á la señalada al delito.*

Si á la provocacion hubiere seguido la perpetracion del delito—dice el 583—*la pena de la provocacion será la inmediatamente inferior en grado á la que para aquel esté señalada.*

Provocar directamente, en la genuina acepcion del verbo, que se

usa, es tanto como excitar, incitar, inducir á otro á que ejecute alguna cosa.

Cuando la ley no modifica expresamente el sentido jurídico de sus palabras, es preciso que estas se entiendan como las explica el Diccionario.

Segun éste, la provocacion es la induccion.

Ateniéndonos ahora á la definicion del art. 13, son autores de un delito los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo.

Viene, pues, á resultar, que el Código de 1870—en su art. 582—castiga á los autores de cualquiera de los delitos comprendidos en el mismo, cuando se comete por medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicacion, si no ha llegado á consumarse, con la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley al mismo, y con la inferior en uno—segun el 583—si á la provocacion, ó induccion directa, ha seguido su perpretacion ó consumacion.

Es decir, que apartándose de la regla comun, en cuanto á la aplicacion de las penas, respecto de los autores de hechos consumados ó frustrados, dá á la circunstancia de haberse cometido por la prensa doble alcance, rebajando en dos grados la que, segun la doctrina general, debe rebajarse en uno solo, y rebajándola en uno allí, donde procede íntegra la señalada por la ley.

Puede acaso decirse que esta ha querido distinguir la provocacion directa, por medio de la imprenta, de la induccion directa, que constituye en autor al delincuente; pero esto no es lo escrito.

Si tal ha sido ó puede ser su espíritu, la interpretacion de la letra sería de suyo violenta, y en tal caso no vendrá á ser que se lea, sino que se pretenda adivinar el pensamiento.

Luego es indudable que los delitos, que se realizan por medio de la imprenta, llevan consigo una atenuacion especialísima, en la rebaja de uno ó dos grados, segun que se consumen ó se frustren.

Luego la aplicacion de la circunstancia quinta del art. 10 del Código supone una segunda atenuacion, sobre aquella otra, que habrá de dar por resultado, si no hubiese motivo legal de compensacion, la imposicion en su grado mínimo de la pena, despues de rebajada en uno ó en dos grados.

Estas ligeras observaciones demuestran, de un modo evidente, que hay bastante confusion en los términos de las referidas disposiciones, y que el prudente arbitrio de los tribunales y su buen sentido no podrán ménos de tropezar con algunas dudas, para interpretarlas y aplicarlas.

Pero veamos ahora esos otros casos de agravacion, provenientes de la imprenta, empleada como medio, en la ejecucion de algun delito.

Claro es que con una estampa, materialmente hablando, ó con un libelo no se mata; que con una proclama subversiva no se incendia.

Una proclama subversiva puede, sin embargo, producir un alzamiento público, y en abierta hostilidad contra el Gobierno, para cualquiera de los fines expresados en los seis números del art. 243 del Código.

Una estampa puede, á su vez, significar una injuria contra determinada persona, por el asunto que represente ó por los detalles, de que se halle revestida.

En ambos casos la imprenta y el grabado, ó la fotografía ó litografía, han sido el medio, de que se han valido los culpables, para realizar respectivamente sus delitos.

Concretemos, pues, los hechos.

Tenemos el de rebelion, que no habria llegado á producirse sin la proclama subversiva; de donde resulta—volvemos sobre nuestras palabras anteriores—que á los autores conocidos de ella, provocando ó induciendo directamente al crímen, y, lo que es más, tomando parte y cooperando á su ejecucion por ese medio, si no de todo punto indispensable, causa determinante al ménos de él, les alcanzaria en toda su extension la pena, que en el art. 244 se establece, si el 582 y el 583 no viniesen luego á reformarla.

Dados estos antecedentes, que, con la ley á la mano, son incuestionables, si la rebelion, provocada por medio de la imprenta, llega á consumarse, se habrá de rebajar en un grado, y, si no llega á consumarse, en dos, la que en cualquier otro caso habria de ser para los demás autores, inductores directos, por cualquier otro medio, promovedores ó sostenedores, de reclusion temporal en su grado máximo á muerte, segun las demás circunstancias genéricas, que en su ejecucion hubiesen concurrido.

Pero fijemos muy sériamente la atencion en este punto, que es muy grave.

El proceso arguye contra el procesado por delito de rebelion un cargo directo, cuya prueba, en toda su plenitud, es evidente.

No es que se le considere dentro de la provocacion directa, que marcan los expresados artículos 582 y 583, dado el caso y suponiendo que, segun el legislador, estos no tienen tanto alcance : es que ha empleado la imprenta, como medio de impedir la celebracion de las elecciones para diputados á Córtes, en todo el reino, ó la reunion legítima de las mismas, y que por este camino ha conseguido su objeto, estando de lleno dentro de los artículos 243 y 244, que definen y castigan tales hechos.

Pues hé aquí que se buscan las circunstancias atenuantes ó agravantes genéricas, que pudieron haber concurrido en su ejecucion, y no hay más que la de haberse realizado el crímen, precisamente, por medio de la imprenta.

¿Qué dirán, en este caso, cómo la apreciarán los tribunales? ¿Cuál ha de ser, en esta ocasion y en otras análogas, el criterio judicial, para declarar si es atenuante ó agravante?

La atenuacion genérica parece superabundante, dada la atenuacion especial, que para toda clase de delitos se determina en los dos últimos artículos del lib. 2.° del Código, á que nos vamos refiriendo.

La agravacion, que es la más lógica, dentro de las condiciones del hecho y del espíritu y de la tendencia de la ley, llevaría consigo necesariamente la pena capital para el culpable.

¿Y ha de ser, por ventura, aceptable, en absoluto, y aplicable esta circunstancia agravante genérica, respecto de un delito, que, una vez cometido por medio de la imprenta, tiene á su favor esa otra de atenuacion especial, tan calificada, cuanto que rebaja en un grado la pena de la ley?

Si en el deslinde de la participacion, que el art. 582 atribuye al delincuente, pudieran encontrarse fácilmente los medios de conciliacion entre el mismo, por su atenuacion especial y la circunstancia quinta del artículo 10, por la suya génerica, entendiéndose está allí, donde aquel no figurase, deduciríamos, con alguna posibilidad de acierto, que la atenuacion genérica es independiente de esta otra especial, aplicable únicamente, con exclusion absoluta de aquella, á los hechos de provocacion directa, por medio de la imprenta, que, acaso en otro sentido ménos grave, el Código define.

Y si lo que se ha querido significar es que la atenuacion genérica cabe dentro de la atenuacion especial, esto es, que caben dos distintas atenuaciones, para un solo delito, apreciacion, en cierto modo lógica, segun los principios generales y la doctrina que el Código establece, bien habria sido que se hubiese escrito y consignado algo más claro; puesto que eso de que una misma circunstancia, en dos distintos parajes definida, produzca por sí sola tres efectos encontrados, no deja de ser, dentro de la lógica misma, y como á otro propósito hemos dicho antes, un tanto irregular y anómalo.

Estas lijeras observaciones vienen, por consecuencia, á demostrar, y es necesario convenir en que ni la conciliacion, entre ambas disposiciones, es muy fácil, ni hay perfecta consonancia en ellas, ni sus términos son tan precisos y tan claros, como debian serlo, de donde hay que deducir la necesidad de reformarlos.

Pero dejemos á un lado el delito de rebelion y vengamos al de injurias, que tambien citamos antes como ejemplo.

Las injurias graves, hechas por escrito y con publicidad —dice el Código en su art. 438— *serán castigadas con la pena de.....*
No concurriendo aquellas circunstancias, con las de.....
Las injurias leves —añade luego en el 474— *cuando fueren hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con las de.....*
No concurriendo estas circunstancias, se penarán como faltas.

Es ante todo de advertir que este delito, segun el art. 476, no solo se comete manifiestamente, sino tambien por medio de alegorías, emblemas, alusiones ó caricaturas.

Nada más natural, por consiguiente, que allí donde se dice por *escrito y con publicidad, por emblemas ó alusiones*, se entiendan desde luego la imprenta ó el grabado, al tenor de los artículos 10, circunstancia quinta, y 582 del Código actual.

Luego la imprenta y el grabado, empleados como medio de realizar el delito, cuando de ellos se ha valido el culpable, para propagar sus injurias, son tan constitutivos del delito, cuanto que de otro modo acaso no se hubiera ejecutado.

El grabado, representando un hecho ofensivo para determinada persona; la imprenta, circulando expresiones en deshonra, menosprecio ó descrédito de otra, significan, en toda su extension y en toda su plenitud, el hecho justiciable, que valiéndose de esta ó de aquel, se lleva á efecto, sin que de manera alguna, ni imprenta ni grabado, puedan caer de nuevo y en forma diferente sobre la responsabilidad del culpable, para atenuarla ó agravarla, segun la naturaleza y efectos del delito.

Aunque en este caso concreto prescindiéramos, por un momento, del artículo 582, toda vez que no se trata de una provocacion directa, sino de las injurias mismas, por la imprenta propagadas, limitándonos á la circunstancia quinta del art. 10, no encontrariamos medio legal de apreciarla y aplicarla.

Dependiendo el delito de la imprenta ó del grabado; siendo éste ó aquella el hecho mismo, en que se engendra y de que nace, y cuando en todos sus detalles el abuso es uno solo, esa doble significacion es de todo punto inadmisible.

Esto mismo es preciso entender, cuando el delito, por sus circunstancias especiales, además de los artículos del capítulo 2.°, título 10, libro 2.° del Código, que penan las injurias, se halla comprendido en

el 582 ó 583; pues basta su simple lectura, para deducir que son incompatibles.

La imprenta, determinando, por un lado, una penalidad concreta para cierta clase de delitos; la imprenta, constituyendo, por otro, una circunstancia especial de atenuacion, para todos los que el Código castiga; la imprenta, todavía por otro y en otro concepto, atenuándolos ó agravándolos, segun sus circunstancias; la imprenta, en fin, objeto de tan encontradas disposiciones, si estas no se concilian y armonizan entre sí, no puede ménos de ofrecer constantes dudas y grandes vacilaciones en los tribunales de justicia.

¿Ha sido el objeto del legislador la atenuacion?

Pues que atenúe sin más rodeos.

¿Ha sido la agravacion?

Pues que agrave sin más mistificaciones ni más fórmulas.

Bajo este punto de vista, si circunstancia atenuante genérica, al artículo 9.°; si agravante, al 10; si atenuante especial en todos los casos, salvos los de injuria y calumnia, á los artículos 582 y 583, con exclusion absoluta de todo otro efecto, que siempre habrá de resultar contradictorio.

Pero aún hay mucho más acerca de esto.

No se ha limitado la ley nueva á consignar esa atenuacion especial, de que se viene haciendo mérito, para los casos, en que el delito se comete por medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicacion; sino que todavía ha dispuesto que de tales hechos no respondan criminalmente los cómplices ni los que puedan resultar encubridores.

Es decir, que para todo aquel, cuya responsabilidad no sea de autor, respecto de un delito, que se cometa por medio de la imprenta, la circunstancia especial atenuante se convierte en eximente.

No de otra manera puede concebirse la significacion y explicacion que hallamos en su art. 12, que en los Códigos de 1848 y 1850 no existian, y en el cual, despues de hablar de los autores, cómplices y encubridores, como responsables criminalmente de los delitos y las faltas, dice de este modo:

Se exceptuan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas, que se cometan por medio de la imprenta, grabado ú otro medio mecánico de publicacion. De dichos delitos responderán criminalmente solo los autores.

Es verdad que luego, en el art. 14, del cual trataremos en su lugar

correspondiente, amplía la definicion y explica lo que nosotros podríamos llamar *autores criminalmente subsidiarios*, con relacion á esta clase de hechos; resultando que, en realidad, estas otras reglas, hasta en eso de no producir ni dar de sí la responsabilidad indirecta de la complicidad ó encubrimiento, son una vez más excepcionales, sobre las demás excepciones de la ley.

Y aquí otra vez de nuestra anterior observacion.

Si en los delitos cometidos por medio de la imprenta, segun el artículo 12 del Código, solamente son responsables sus autores, ¿qué papel representan, en su ejecucion, aquellos, de quienes trata el 582, como *provocadores directos*, si es que no se quiso que se entendieran como autores?

Y si es que todos aquellos, que toman parte directa, ó directamente fuerzan á otro ó lo inducen, esto es, lo provocan, ó cooperan á la ejecucion del hecho por un acto, sin el cual no se hubiera efectuado, llevan sobre sí toda la responsabilidad propia del mismo, en toda su integridad, dentro del encontrado carácter de atenuacion ó agravacion, que la prensa ú otro medio mecánico de publicacion puede imprimirle, ¿qué razon para justificar aquella otra rebaja de uno ó dos grados, que marca la ley, cuando dentro de esa circunstancia especial, si son autores, como autores deben ser penados y si son cómplices ó encubridores, los ha declarado con anterioridad irresponsables?

No hemos de insistir más acerca de esto.

La confusion é imposible armonía, que, por una parte, nos ofrece la circunstancia quinta del art. 10; la exencion de responsabilidad criminal del art. 12, por otra, y las rebajas especiales de la penalidad del 582 y 583, demuestran de una manera innegable, que son incompatibles: unos ú otros sobran.

AUTORES, CÓMPLICES ENCUBRIDORES.

La primera condicion de toda responsabilidad, en el terreno de la ley penal, es la certeza del hecho punible, que dió ocasion á ella.

Por más que se quiera sostener el cargo de culpabilidad contra determinado indivíduo, en el concepto de autor, cómplice ó encubridor de un delito, que, con grande verosimilitud ó apariencia de cierto, se le imputa, si el hecho, que lo constituye, no existe ó no se prueba, su irresponsabilidad queda demostrada por sí sola.

Este es un principio de derecho, que se deriva de la naturaleza misma de las cosas.

Así como no puede comprenderse la existencia de la persona del cómplice de un crímen, sin la persona del autor, como han significado antiguos publicistas, bajo la fórmula *socius delicti non intelligitur sine autore delicti;* tampoco puede comprenderse la existencia del autor, sin la del hecho justiciable, que motive la responsabilidad y la haga cierta.

Si el hecho falta, es innegable que el crímen no puede existir.

Dada la certeza y conseguida la averiguacion, la responsabilidad varía, respecto de cuantos en él intervinieron, siendo distintas tambien las penas, con que los castiga el Código, segun la participacion, que en su ejecucion hayan tomado.

No en todos los tiempos, sin embargo, ni en todas las legislaciones se encuentra esa diferencia de penalidad, para con los autores y los cómplices.

Entre los romanos, el cómplice —*particeps*, *facinoris socius*— era castigado con las mismas penas que el autor.

El derecho feudal, que tenia establecido el principio de que los señores y los vasallos eran solidariamente responsables de sus actos, aceptó más tarde las reglas de la ley romana, en aquello de que el mismo castigo se debia imponer á los autores que á los cómplices.

Beccaria, en su *Tratado de los delitos y las penas*, fué el que inició el pensamiento de la mayor severidad para con los primeros; entendiendo que debia hacerse una distribucion equitativa entre los unos y los otros,

segun la intencion y mayor perversidad de cada uno y su participacion respectiva en el delito.

Esta es la doctrina en las legislaciones modernas aceptada.

Lo mismo el Código del Brasil—en sus arts. 4.°, 5.° y 6.°, que el francés, en los suyos, 60, 61 y 62, que el austriaco, en el 6.°, que el de Nápoles, en el 74, que el españolde 1822, en el 13 y 14, que los más modernos de 1848 y 1850 y que el novísimo de 1870—todos establecen los diversos caractéres, que distinguen á los reos principales de aquellos otros, que no toman una participacion directa en los delitos y son considerados como cómplices; partiendo de aquí esa distribucion equitativa de la penalidad, entre los unos y los otros.

Siendo esta materia tan clara, como poco susceptible de dudas y tropiezos, no habremos de detenernos en el estudio comparativo de las definiciones, que respecto de los autores, cómplices y encubridores, se registran en las legislaciones extranjeras, puesto que todas ellas, más ó ménos ámpliamente escritas y explicadas, vienen á coincidir, sustancialmente, con las que nuestros Códigos de 1848 y 1850 contenian, iguales á la que por el de 1870 se ha aceptado, con una ligera diferencia, en este último, que señalaremos luego.

Citan los tres, en su art. 11, como responsables de los delitos, á los autores y á los cómplices.

Los de 1848 y 1850 hacian igualmente extensiva la responsabilidad penal á los encubridores, respecto de las faltas.

El de 1870, estimando que el encubrimiento no alcanza á tales hechos, lo dice de este modo:

Son responsables criminalmente de los delitos:
1.° *Los autores*.
2.° *Los cómplices*.
3.° *Los encubridores*.
Son responsables criminalmente de las faltas:
1.° *Los autores*.
2.° *Los cómplices*.

Al buscar la razon filosófica de esa omision, solo podemos encontrarla en la ínfima cuantía ó casi insignificancia de la intencion culpable y, por consiguiente, de la penalidad relativa, dado el caso del encubrimiento de una falta, razon que no nos satisface.

Pero es lo más particular y extraño en esto, que ese mismo Código de 1850, que su art. 11 consideró criminalmente responsables á los encubridores de las faltas, incurrió más adelante en una, que podríamos

llamar *contradiccion implícita*, haciendo—en el 501—caso omiso de ellos y hablando únicamente de los cómplices.

Los cómplices de las faltas—decia—*serán castigados con la misma pena que los autores, en su grado mínimo.*

Nada absolutamente respecto de los encubridores de las mismas.

En igual forma se expresa el Código de 1870—en su art. 621—si bien este guarda consecuencia, en ello, con lo que deja establecido anteriormente, segun acabamos de expresar; mientras que el de 1850, que primero hubo de considerar punible el encubrimiento, más adelante, en las que llama disposiciones comunes á las faltas, prescindió por completo de él y para nada lo mencionó ni tuvo en cuenta.

Aparte, pues, esta ligera distraccion, que el Código vigente ha subsanado, en su sentido absolutamente negativo, nosotros pensamos que la responsabilidad de toda accion penable, que tiene carácter colectivo, sea su importancia más grande ó más pequeña, debe recaer, segun su participacion respectiva, sobre todos aquellos, que á su ejecucion anterior, simultánea ó posterior, han concurrido.

Si inmoral, en más alto grado, es el hecho de aprovecharse de los efectos de un delito, auxiliando al delincuente, albergándolo ó proporcionándole la fuga; inmoral es tambien, siquiera en condiciones más livianas, ese mismo aprovechamiento, con auxilio del culpable, ese albergue ó esa ocasion proporcionada, para que pueda sustraerse á la accion de la justicia, por la falta que comete.

Y hé aquí que, al tratar de esta materia, volvemos á tropezar, aun cuando en otro concepto, con el art. 12 del Código de 1870, que líneas más arriba hemos copiado.

En los delitos, que se cometen por medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicacion, los cómplices y los encubridores son criminalmente irresponsables.

Semejante disposicion quebranta evidentemente el principio de la equitativa distribucion de la penalidad y la igualdad proporcionada y relativa de la misma ante la ley.

No nos explicamos el por qué de la responsabilidad íntegra para el autor del delito y el por qué de la exencion para los que, como cómplices ó encubridores, han tomado parte en él.

¿Es acaso que los que cooperan á su ejecucion por actos anteriores ó simultáneos, por ejemplo, el de proporcionar la tinta ó la letra ó los moldes, que han de servir para la impresion, ó el papel, en que se ha de estampar la proclama subversiva ó la piedra que ha de servir para la litografía, sabiendo su objeto, no cometen culpa?

¿Es, por ventura, que no encubre aquel, que oculta las galeradas ó

las pruebas, ó inutiliza el mármol litográfico, para impedir que puedan descubrirse?

Si aceptásemos esta teoría, destruiriamos precisamente toda la filosofía del sistema adoptado por el legislador, para la mejor y más clara division y distribucion de la penalidad; viniendo á resultar que ese mismo sistema, en lo más puro de su intencion y de su objeto, quedaba completamente falseado.

Aceptado ese principio, para una ocasion dada, habria de aceptarse necesariamente para todos los demás análogos, sopena, en otro caso, de la más injustificada desigualdad, en la aplicacion de la ley y de la arbitrariedad más completa, en la administracion de la justicia.

Desde la primera hasta la última palabra borraríamos el art. 12 del Código de 1870, no solo por lo anómalo de su disposicion, con relacion á los principios fundamentales de la responsabilidad criminal, razon bastante por sí sola, sino por cuanto contribuye á oscurecer los motivos de agravacion ó atenuacion genérica ó especial, de que más arriba hemos hablado.

Y borraríamos además el 14, en sus dos párrafos, que por motivos idénticos y por iguales conceptos ninguna razon tienen de ser.

Nunca es buena la ley, que no sea clara y, en cuanto sus términos lo dén de sí, concisa y breve.

No lo ha sido tanto el Código de 1870, en su art. 12, cuando una vez dadas, en el 13, las definiciones respectivas de los autores, cómplices y encubridores, ha creido necesaria la larguísima explicacion del 14, á fin de que mejor puedan entenderse el espíritu, el pensamiento, la tendencia y aun la letra de los otros, con relacion á los delitos cometidos por medio de la imprenta.

Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior—dice—*solamente se reputarán autores de los delitos mencionados en el art. 12 los que realmente lo hayan sido del escrito ó estampa publicados. Si estos no fuesen conocidos ó no estuvieren domiciliados en España ó estuviesen exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al art. 8.° de este Código, se reputarán autores los directores de la publicacion, que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de estos, se reputarán autores los editores, tambien conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal, segun el artículo anteriormente citado, y en defecto de estos, los impresores.*

Se entiende por impresores, para el efecto de este artículo, los directores ó jefes del establecimiento, en que se haya impreso, grabado ó publicado por cualquiera otro medio, el escrito ó estampa criminal.

Lógica precisa é ineludible de esta singular y excepcional teoría, aplicada á cualquiera otro delito:

Se considerará autor del homicidio al que realmente haya clavado el puñal en las entrañas de la víctima.

Si éste no fuere conocido, ó no estuviera domiciliado en España, ó estuviere exento de responsabilidad, se reputará autor al fabricante, en cuyos talleres se construyó el arma homicida: en defecto de éste, el operario, que la fundió en la fragua: en defecto de este otro, el que la acicaló y la sacó el filo: en último resultado el dueño de la tienda ó almacen, donde se verificó la venta.

Se entiende por dueño de la tienda, el jefe de la misma.

Bien mirado, y examinados los términos, en que el art. 14 ha sido redactado, no es que haya querido ampliar la explicacion de la doctrina, relativa á la responsabilidad directa, que afecta á los autores de todo hecho punible; es que, insistiendo en su pensamiento de modificar y mitigar la penalidad de cualquiera de ellos, cuando por medio de la imprenta se ejecuta, ha procurado concretarla, por las condiciones especiales de esta clase de abusos, á los que en primer lugar figuran en los mismos, estableciendo luego una especie de responsabilidad subsidiaria, á fin de evitar la impunidad, en todo lo posible.

Ello es, sin embargo, que no al delito comun, propiamente dicho, el art. 14 parece referirse, sino al que lo fué siempre de imprenta: miéntras que los arts. 12 y 582 hacen extensivo este medio á la ejecucion de todos los demás delitos comunes, que el Código castiga; confusion en los términos y en los preceptos, y excepciones inconvenientes de la ley, que traen por precision consigo la arbitrariedad, de que debe huirse á todo trance.

Si hemos de ser francos y entendernós, la verdad es que de esas constantes y nunca bien definidas discusiones políticas, con relacion á los intereses públicos y á los deberes de la prensa, segun el criterio dominante, y por el deseo, laudable ciertamente, de conciliar los unos con los otros, y de fijar de una vez y establecer para en adelante reglas concretas, que evitasen toda duda, nació el pensamiento de traer al Código penal reformado lo que como ley especial habia regido siempre.

No están sujetos á las disposiciones de este Código—decia el de 1850, en su art. 7.°—los delitos de imprenta, acerca de los cuales se dió más adelante, en 13 de Julio de 1857, una ley especial, que no fué, por cierto, ménos escasa en producir dudas y conflictos.

La imprenta no alcanzaba entonces, segun sus disposiciones, más delitos que aquellos de carácter esencialmente políticos—delitos de im-

prenta, propiamente dichos—y que en nada afectaban á la opinion particular, sujetos á castigos especiales: y otros, que por medio de la imprenta se dirigian contra determinada persona, con imputaciones, de las que dan lugar á procedimiento de oficio, los cuales, dentro de la índole y carácter de los demás hechos comunes, á los tribunales ordinarios y al Código penal estaban sometidos.

Segun el hoy vigente, la imprenta es un instrumento como otro cualquiera, por medio del cual se puede cometer toda clase de delitos; con la diferencia de que así como ántes un arma prohibida, por ejemplo, instrumento de ejecucion, siempre agravaba la responsabilidad del culpable, que habia hecho uso de ella, la imprenta, en la actualidad, la agrava en unos casos, la atenúa en otros, y significa mayor rebaja de penalidad y hasta supone la exencion en otros.

De todo esto venimos á sacar la consecuencia de que, por más que el pensamiento del legislador haya sido bueno, lo cual no hemos de negar de modo alguno; por más que, en efecto, la imprenta no sea más que un instrumento—siquiera especial y *sui géneris*—de que se puede usar para cometer toda clase de delitos, dentro precisamente de sus propias condiciones; estas condiciones mismas, por un lado, las encontradas tendencias políticas, por otro, de las que aquella es siempre el alma y que en vano, aunque con la mejor intencion, se han procurado identificar y llevar á un fin comun; las consideraciones recíprocas, el carácter, en su mayor parte, de los hechos, el de las personas y otra multitud de circunstancias, que bien, sin que se escriban, se comprenden, han producido, en el Código de 1870, esa confusion ó desentono de preceptos, que no es posible armonizar y que á una sola regla, clara, precisa y concreta, como hemos indicado ántes, debieran someterse.

¿Dentro de qué principios cabe la suposicion de que, cuando el autor de un delito desaparece, ó es desconocido, se haya de tener por tal autor, para imponerle, en toda su integridad, la pena correspondiente, al que sólo como cómplice ha jugado en él?

Es decir, que cuando se trata de delitos cometidos por medio de la imprenta, delitos comunes, como todos los demás del Código, segun su artículo 582, lo que en el 14 se exige y se pretende es que, á todo trance, haya quien, en concepto de autor responda de ellos; colocando en ese terreno al último de los encubridores, por ejemplo, ó á cualquiera otra persona extraña al suceso, si no se ha podido tropezar, ya que no con el autor directo, con cualquiera de sus cómplices.

¡Y sin embargo, segun el art. 12, en los delitos cometidos por medio de la imprenta, no hay cómplices ni encubridores.

Lo humanitario del pensamiento, que al través de la frase se traslu-

ce, no salva la anomalía del principio, en abierta contradicion con las reglas generales de la ley penal.

Esto aparte, y viniendo ahora á esa misma responsabilidad, copiaremos el art. 13, que así en el Código de 1870, como en el de 1848 y 1850, salvos un advervio de tiempo, en estos dos, y un adjetivo, en aquel, se hallan redactados en los mismos términos, y son estos que siguen:

Se consideran autores:

1.° *Los que toman parte directa en la ejecucion del hecho.*

2.° *Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo.*

3.° *Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto, sin el cual, no se hubiera efectuado.*

En los de 1848 y 1850 el número 1.° decia:

Los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho.

Aceptamos la reforma de el de 1870, que explica con más precision y claridad la idea.

De la *parte directa*, no precisamente *inmediata*, que se toma en la ejecucion de un delito, nace la responsabilidad directa, que es la del autor; parte, que se supone, de igual modo, en la fuerza ó induccion á otro, con objeto de que lo cometa, como en la cooperacion por un acto, sin el cual no se hubiera efectuado.

Todas estas circunstancias, sin ser inmediatas, son directas, y todas ellas significan la responsabilidad, directa tambien, por cuanto directamente contribuyen y conducen al logro y consecucion del mal propósito, en quien por cualquiera de aquellos medios lo ejecuta.

No es necesario en el agente el acto material de clavar la daga en el pecho de su víctima, para que, si, por algun otro medio directo, ha concurrido al hecho, se entienda autor del asesinato ú homicidio.

Directa, y no inmediata, es la induccion de aquel, que logra de otro palabra ó promesa para la ejecucion del crímen, siquiera lo verifique quince ó veinte dias despues, cuando encuentre ocasion propicia y favorable para ello, y tan autor, una vez perpetrado, será el que ejecutó como el que indujo.

Autor, segun el Diccionario de la Academia, significa el que es primera causa de alguna cosa; el primero que la inventa.

Esta definicion, si bien algo vaga, en perfecta armonía con las tres definiciones, que el Código nos ofrece, en los tres números de su art. 13, viene á imprimir mayor claridad al pensamiento, que domina en ellos.

Causa primera de todo delito, es indudablemente aquel que lo concibe ó lo inventa y se propone ejecutarlo.

En este propósito y como primer elemento de la criminalidad, entra esa parte directa, que dice el núm. 1.°, como, por ejemplo, la de comprar y afilar el puñal, de que se piensa valer el delincuente, para cometer el asesinato ú homicidio y la de acechar á la víctima, entre las sombras de la noche y detrás de una esquina, á fin de mejor asegurar el golpe concebido.

En esto no puede haber incertidumbre.

Donde el culpable aparece como ejecutor material de la mala accion, que constituye el delito, su responsabilidad de autor queda *ipso facto* demostrada.

Pero sucede, que siendo, como tal inventor, causa primera del hecho punible y no pudiendo ó no queriendo tomar á su cargo la ejecucion directa y material, llama á otro y le asocia á su pensamiento, y le obliga ó le fuerza, ó le induce directamente á que lo cometa, y, en efecto, lo comete.

En este caso, la parte material directa del segundo no excluye, no puede excluir, en concepto alguno, la parte tambien directa del primero.

En primera línea se han colocado, desde luego, ambos, para consumar la obra, que el uno concibió y aceptó el otro, y en la cual procedieron los dos en perfecta inteligencia, que es precisamente lo que constituye la responsabilidad criminal, al tenor del núm. 2.°, en los dos perfectamente igual.

Tanto significa, á los efectos de la misma, que dos, ó tres, ó cuatro indivíduos conciban, inventen y preparen la ejecucion de un crímen, como que, inventado, concebido y preparado por ellos, procuren, por medio de la induccion directa, el concurso de algunos más; puesto que desde el instante, en que estos aceptan y hacen suyo el pensamiento de aquellos y se someten á sus consecuencias, no pueden ménos de quedar asimilados los unos y los otros, y sometidos, bajo idéntico punto de vista, al resultado del proceso.

Adaptándonos al lenguaje del Código, en el citado número 2.° de su artículo 13, venimos discurriendo indistintamente sobre sus dos primeros verbos—*forzar* ó *inducir*—y menester es advertir que ni su significacion es igual ni pueden prestarse á una misma apreciacion.

Comprendemos, sin reparo, que el inducido directamente, bajo el punto de vista de haberse dejado persuadir á la ejecucion material de un crímen, haga suya expontánea, voluntaria y maliciosamente la responsabilidad, que el hecho lleva en sí, y de aquí que, en este caso, tan autor sea el que induce como aquel otro, que, en virtud de esa induccion, obra y delinque.

Dentro de un proceso, sin embargo, no puede ser igual la condicion de dos culpables; uno que ha padecido fuerza ó violencia, por la cual, y contra su voluntad, comete un crímen, y otro, que habiéndose dejado llevar de la sugestion ó induccion extraña, ha entrado con él, á la parte, en la ejecucion del mismo.

Si ambos han figurado en primer término, si ambos deben ser tenidos y considerados como autores, la razon natural y el buen sentido indican, que no debe ser una misma la responsabilidad, que ha de alcanzarles.

Entre la violencia física, que se ejerce contra alguno, á fin de que ejecute aquello que no quiere y la instigacion ó persuasion, que supone la libertad de albedrío en el agente, siquiera sometida á la influencia moral de aquel, que lo induce ó persuade, la distancia es muy notable.

Al establecer esta distincion, apartándonos algun tanto del objeto principal, ó explicacion recta é inteligencia del núm. 2.° del art. 13, que estudiamos, y llevándola, aunque incidentalmente, á los que en el concepto de haber sido forzados ó inducidos, figuran en el mismo, hemos tenido en cuenta y hemos querido señalar la diferencia que, en sus casos respectivos, puede existir entre esas dos diversas clases de culpables, nacida de la diversa acepcion de los verbos, que se usan, puesto que, por lo demás, es evidente, que desde el momento en que inducidos ó forzados toman parte directa en la ejecucion del delito, son autores de él, siquiera en ocasiones dadas y respecto de los segundos, pueda serles aplicable el art. 8.° en su número noveno.

Es decir, que tanto son delincuentes, como autores y en primera línea responsables, los forzadores ó inductores directos, como los directamente inducidos ó forzados; éstos, porque ejecutan directamente el hecho prohibido, y aquellos, porque son la causa determinante de la ejecucion; que, sin unos y sin otros, no se habria podido consumar.

La ilacion del pensamiento de la ley, en cuanto acabamos de decir, nos conduce necesariamente de la observacion anterior á la tercera definicion, comprendida en el núm. 3.° del citado art. 13, segun el cual, son del propio modo autores de un delito los que cooperan á su ejecucion por un acto, sin el cual no se hubiera efectuado.

Esto es muy sencillo.

Descartemos del proyecto criminal el acto indispensable, del cual ha de provenir su realizacion, y todos los demás actos, dependientes de aquel, que debian encaminarse al mismo fin, serán ineficaces.

Llevemos el arrepentimiento, por ejemplo, al corazon del ayuda de cámara, que de acuerdo con el raptor de la hija de su amo, le ha ofrecido abrirle las puertas de su morada, en las altas horas de la noche, y claro

es que, si tal concurso ó cooperacion fracasa, toda la voluntad del segundo y todos sus esfuerzos, si con otros medios no cuenta, serán completamente inútiles.

El ayuda de cámara, por tanto, que coopera al rapto, facilitando al raptor la ocasion de que lo ejecute; ocasion, sin la cual no se podria verificar, y por más que ninguna otra participacion simultánea ó posterior tenga en el delito, figura en primera línea y es autor directo, como el raptor material, y en igual concepto responsable.

Pero no por esto habremos de perder de vista que ese concurso, de suyo directo, al objeto y fin del crímen; que esa cooperacion *sine qua non*, que esa participacion concreta por un acto, que con ir derechamente al hecho, no es el hecho mismo, suponen, en el agente, la intencion y el deseo de que, por ó con su mediacion, se ejecute el mal, que aquel lleva consigo.

Porque claro es, que si el acto indispensable no es malicioso y voluntario, sino puramente accidental ó casual, la cooperacion, que él determina, no envuelve responsabilidad de ningun género.

El que presta ó facilita á otro una escopeta para cazar, cuando lo hace de buena fé y en esa inteligencia, no ha de responder del asesinato, que con ella se cometa, si esta fué, al pedírsela, la intencion del delincuente, por más que sin ella y sin que él se la hubiese facilitado, el delito no hubiera podido efectuarse.

Al contrario: si conociendo el objeto y sabiendo que el agresor no tiene otra arma, que su escopeta, ni otro medio, de que valerse, para llevar adelante su proyecto, se la prepara, se la carga y se la entrega, ó se la entrega solamente, siempre que con ella se ejecute el crímen, nadie podrá dudar de su participacion directa en el mismo, dentro de las prescripciones del núm. 3.°, en el cual estaria evidentemente comprendido.

Escribe un autor contemporáneo, á propósito de esta responsabilidad directa, que constituye al agente en autor del delito, que no siempre y en toda ocasion se ha de entender que alcanza aquella á cuantos á su ejecucion concurren, si del hecho preconcebido nace un nuevo delito, en que no todos han tomado parte, y dice como ejemplo:

«Cuando un caminante, que amaga defenderse de los ladrones, es muerto por uno de ellos, bien se puede presumir á todos autores del delito: cuando un caminante, que se ha entregado, es muerto por aquel, los compañeros de éste, autores del robo, no lo son del homicidio, que sobreviene.»

Cuando los ladrones se conciertan para salir á la via pública y robar al caminante—decimos nosotros—no puede ponerse en duda que todos, y cada uno de ellos, aceptan el hecho, en todas sus contingencias natura-

les, posibles ó probables; y si estas se limitan al robo, todos serán autores de él, y si sobreviene un asesinato, todos serán tambien y de igual modo responsables.

Esto decia, en su art. 425 el Código de 1850, que comentaba dicho autor, y esto dice el de 1870, en el 516; sin que el pensamiento del legislador, en uno y otro, puedan ofrecer la más ligera incertidumbre.

Basta que con ocasion ó con motivo del robo resulte homicidio—que en tales ocasiones, y segun las definiciones más modernas, rara vez dejará de ser asesinato—para que respondan al igual, de este ó de aquel, cuantos como autores directos hayan concurrido al acto.

De manera, que por este caso de supuesta excepcion, que desde luego, fundados en la ley, negamos, queda resuelta, en absoluto, la cuestion, respecto de la responsabilidad general, que afecta y debe alcanzar á todos los que, dentro de su condicion de autores, entran á la parte en la ejecucion de un crímen, sujetándose, por esto mismo, á las eventualidades, que puedan surgir de ella.

Pero nosotros vamos á llevarla todavía un poco más lejos.

Siendo autor de un delito aquel, que fuerza ó induce directamente á otro, para que lo ejecute, y hallándose en idéntica situacion el que coopera al mismo por un acto, sin el cual no se hubiera efectuado, estudiémosla y veámosla sobre ese mismo ejemplo de seis ó siete salteadores, que cometen un robo en despoblado, para el que han sido forzados ó inducidos por otro, mientras que todavía otra tercera persona, que está igualmente en el proyecto, les facilita armas y caballos; acto indispensable, sin el cual la posibilidad del delito habria dejado de existir.

Llega, pues, la hora designada, y armados, á caballo y emboscados, esperan los malhechores que forman la cuadrilla el tren, ó la diligencia, ó el carro, objeto del asalto.

Ni el inductor directo ó forzado, ni el que les ha facilitado los caballos y las armas están allí con ellos, sino á muy larga distancia, dejándose acaso ver en sitios públicos, para alejar de sí toda sospecha.

En esta situacion, el tren es detenido, ó la diligencia ó el carruaje particular, y el robo se ejecuta; nada más que el robo, ¿habrá, en este caso, quien pueda abrigar la más leve vacilacion, respecto de la identidad, en la delincuencia directa de estos y de aquellos?

Pues hé aquí que, mientras el robo se ejecuta, uno de los bandidos, por mala intencion tal vez, ó porque se ha creido amenazado por alguno de los viajeros, ó por mero capricho, dispara contra él su retaco, y le dá muerte, ¿ha de ser él sólo, y ninguno más que él, quien responda del asesinato?

Esto sería contra la ley.

Pero aquellos otros, que no se hallaron presentes á la ejecucion del crímen, el que directamente indujo y el que facilitó los caballos y las armas para el robo, y solamente para el robo, ¿qué culpa tienen del asesinato, y por qué han de quedar sujetos á la mayor gravedad de la pena, que el doble carácter del crímen lleva en sí?

Pues la tienen, y tanta y tan directa, como el que y los que materialmente robaron y mataron.

La tienen, porque, sin que esto pueda negarse, son autores; la tienen, porque la induccion del uno al robo, es la participacion directa en el mismo, con todas sus consecuencias precisas, probables ó posibles, mientras que la cooperacion, por un acto indispensable, coloca al otro en la misma situacion; la tienen, en fin, porque siendo tan malhechores estos como aquellos, desde el momento en que, con ocasion ó con motivo del robo, resulta el homicidio—sin que entremos á averiguar los pormenores de éste—todos cuantos en aquel, de cerca ó de lejos, por este ó por el otro medio, tomaron parte como autores, á la mayor responsabilidad de la ley, segun el art. 516 del Código actual, quedan sujetos.

No hay para qué decir que cuando, en sentido absoluto, se habla del hombre, cuya acepcion abraza toda la especie humana, se entiende del propio modo, y ha de entenderse, la mujer.

Hacemos esta indicacion prévia, á propósito del pronombre demostrativo, con que por punto general se expresa el Código, en las definiciones, que contienen sus artículos, respecto de aquel *ó aquella*, que comete el delito, á que los mismos se refieren.

El que *ó la que* matare á su padre, madre ó hijo, quiere decir el 417, y no puede interpretarse de otro modo.

Es reo de asesinato, segun el 418, ó reo de homicidio, segun el 419, aquel ó *aquella*, que incurre en la infraccion, que ellos señalan; como son reos del delito de robo los que ó *las que*, con ánimo de lucro, se apoderan de las cosas muebles agenas, al tenor de lo que en el 515 se dispone.

Esto es óbvio y á la verdad que no hay que discurrir mucho para comprenderlo.

Nuestra razon particular, sin embargo, hemos tenido, para así escribirlo y consignarlo.

Cierto es que cuando la responsabilidad del delito no puede afectar más que á la mujer, en cuyo caso es una responsabilidad especial, la ley lo *dice* expresamente.

Uno es, por ejemplo, para cualquiera persona, respecto de la pena en que se incurre, el hecho de matar á un reciennacido, que así lo pueden cometer los hombres como las mujeres, los propios como los extraños; otro para la madre, que lo ejecuta para ocultar su deshonra, y aun otro para los abuelos maternos, que con igual fin lo cometen.

El legislador ha fijado taxativamente estos dos casos de excepcion, en los dos párrafos primeros del art. 424; llevando al tercero la regla comun, en aquello de que fuera de los mismos, el que ó *la que* ejecuta un infanticidio, incurre en las penas del parricidio ó del asesinato.

Hay, por el contrario, otros delitos, cuya ejecucion solamente es dada al hombre, y en éstos, que por sí solos se explican, toda otra aclaracion podria parecer, y sería, en efecto, impertinente.

La disposicion general contenida en el art. 438; los delitos comprendidos en los artículos 453 y 458, no pueden tener otra demostracion, en el pronombre, de que la ley se vale, que la que al hombre se refiere.

Existe, sin embargo, un artículo en el Código de 1870, que tambien existia en el de 1850, cuya inteligencia viene ofreciendo dudas, en algunos tribunales, á nuestro juicio, sin razon: y cuando nos ocupamos en la explicacion de lo que se entiende por autor de un delito, á ellos son precisamente á los que van dirigidos el anterior preámbulo y las observaciones precedentes.

En el catálogo de los delitos, que el Código castiga, figuran algunos, que no se pueden cometer sin el concurso violento ó voluntario de dos personas de distinto sexo, y si dentro de aquel no son necesarias más explicaciones, allí, donde por su propia naturaleza ellos mismos se definen — la violacion, por ejemplo, el estupro, el adulterio — no parece que resulta idéntica claridad, respecto de otros, cuando la ciencia ha creido indispensable discutirlos.

Entremos de lleno en la cuestion. ¿El pronombre demostrativo de que se vale el legislador, en el art. 486 del Código de 1870 — 395 de el de 1850 — se refiere única y exclusivamente al hombre, que contrajere segundo ó ulterior matrimonio, sin hallarse legítimamente disuelto el anterior?

Cuando se trata de un delito, como el que procede de un matrimonio ilegal, para cuya ejecucion son de todo punto indispensables dos personas de sexo diferente, lo que del texto literal del precepto se despren-

de es, en efecto, que el pronombre demostrativo, con que se encabeza, no va más allá del hombre, y al hombre solamente se refiere.

La ley no pudo olvidar, que en esta clase de abusos intervienen siempre, y de toda precision, dos indivíduos, y si contra los dos, del propio modo, y en idénticas condiciones, se hubiera querido dirigir, no habria dicho *el que* sino *los que*, como por regla general se vé y observa con relacion á los delitos contra el órden público, por su carácter tambien, aunque en escala mayor, de colectivos.

Pero si aceptásemos semejante interpretacion, destruiriamos con ella toda la buena doctrina, que respecto de los autores de los delitos, segun los tres números del art. 13, venimos explicando, y nunca la duda ó la oscuridad, en un punto concreto de la ley, podrá servir para dar contraria inteligencia á lo que antes, con toda claridad, la ley misma ha declarado.

Supone indudablemente la teoría que acabamos de indicar, y que desde luego rechazamos, la negacion absoluta de toda pena para aquel de los dos cónyuges que haya contraido el matrimonio ilegal, cuando concurren en él la libertad y las condiciones necesarias.

Es decir, que ante las disposiciones del referido art. 486, y aceptando la indicada inteligencia, solamente el varon, que contrae segundo matrimonio, estando todavía sujeto, por su no disolucion, á un vínculo igual, legítimo y anterior, es el que incurre en el abuso, y él solo, y no la mujer, es el que debe sufrir la pena al mismo señalada.

No, en verdad.

¡Pues qué!..... ¿No cabe tanto el caso de un hombre casado anteriormente, que contraiga segundo matrimonio, antes de disuelto el primero, con una mujer, como el de una mujer casada y sujeta, por no disuelto todavía el suyo, al vínculo anterior, que se case segunda vez con hombre libre?

¿Y entónces, en este segundo caso, el pronombre demostrativo del artículo 486, á cuál de los dos habrá de referirse?

La deduccion lógica, dada la expresada interpretacion anterior y la inmediata contestacion á la pregunta, que precede, no podrian significar otra teoría que la muy singular, de que, siendo la culpa de la mujer, el castigo fuese solamente para el hombre.

Cuando se parte de un principio vicioso, viciosas han de ser, por precision, las consecuencias.

El pronombre demostrativo, en los casos del art. 486, como en todos los demás del Código, donde aparece consignado, tiene sus referencias masculina y femenina, porque, segun acabamos de expresar, así cabe la comision del delito, respecto de la mujer como del hombre.

Queda, por lo tanto, limitada la cuestion al punto de si la mujer libre, que contrae matrimonio con un hombre casado, antes de disuelto el vínculo legítimo anterior, incurre, como éste, en igual pena.

Fijemos ante todo el papel que ella representa.

¿Toma parte directa en el delito? ¿Coopera á su ejecucion por un acto, sin el cual no podria verificarse?

Para respondernos á nosotros mismos, separémosla, por un momento, y de una manera absoluta, de la intencion y de la voluntad del hombre, á quien ha de unirse, para delinquir, y pronto veremos como ni siquiera llega el delito á adquirir forma.

Luego es autora; luego su responsabilidad va al igual de la del hombre, su consorte ó compañero en el abuso; luego los dos son, en un mismo grado, delincuentes y á una misma pena están sujetos.

Esto decimos, cuando la mujer libre sabe y conoce la condicion del hombre, á quien con lazo ilícito se une; porque si la ignora y le considera tambien libre y procede de buena fé, bajo su error, no solamente no incurrirá en pena, sino que, siendo ella la más directamente ofendida, tiene un derecho incontestable al desagravio.

Por esto ha dicho el Código, en su art. 494, que en los casos de esta naturaleza, el contrayente doloso será condenado á dotar, segun su posibilidad, á la mujer de buena fé, que con él hubiera contraido matrimonio; lo cual viene á demostrar todavía más, que cuando, como el hombre, obra con malicia, debe ser de igual modo responsable.

Este mismo principio, subordinado á la filosofía de la ley penal, y cuya base descansa en la razon de la imputabilidad, que en su lugar oportuno hemos explicado; este mismo principio —decimos— aparte el último extremo, que en el precepto se consigna, porque claro es que la honra del hombre engañado no sufre perjuicio, ni padece, como la de la mujer, menoscabo, detrimento ó daño, y salvas las reglas generales de la indemnizacion, debe aplicarse á aquel, que en condiciones de perfecta libertad y de buena fé tambien, se une en matrimonio á la mujer, que casada antes, se encuentra por esta razon en la terminante prohibicion, constitutiva del delito.

Dada la separacion, que las leyes modernas, á diferencia de las antiguas, han establecido entre la responsabilidad criminal, con relacion á los autores y cómplices de un hecho punible, y expuesto ya cuanto respecto de los primeros hemos creido conveniente, veamos ahora qué es lo que se debe entender por complicidad, y quiénes son los que con toda propiedad jurídica y segun la acepcion gramatical de la palabra, se hallan en ella comprendidos.

Al estudiar las legislaciones extranjeras, en lo concerniente á este extremo, observamos que, conservando todavía, en su mayor parte, algunas reminiscencias de los antiguos usos, en lo de considerar dentro de igual situacion y bajo el peso de igual responsabilidad á los autores y á los cómplices, casi los confunden, en sus definiciones respectivas, señalando, con el carácter de los segundos, á los que con mayor exactitud, más bien que cómplices, se podrian llamar co-delincuentes.

Segun el art. 60 del Código francés, son cómplices los que por dádiva ó promesa, amenaza, abuso de autoridad ó de poder, han provocado la accion y tambien los que á sabiendas han ayudado ó asistido al autor del crímen.

Además de estos, que acaban de citarse, el art. 74 de el de Napoleon considera en idéntica situacion, de mera complicidad, á los que dan mandato ó comision para cometerle y á los que proporcionan armas ó instrumentos, con conocimiento del uso, que de ellos ha de hacerse.

No hay para qué recordar que, con arreglo á la definicion y á la doctrina de nuestros Códigos modernos, como dejamos ya explicado, más que cómplices, los que por cualquiera de esos medios cooperan al delito, son co-autores.

Y lo son del propio modo los que el Código del Brasil incluye en su artículo 5.°, con relacion á las personas que, directamente concurren á cometer el hecho justiciable; como tambien los que, dentro del art. 14 del Código español de 1822, ayudan y cooperan á su ejecucion, en el acto mismo, libre, voluntariamente y á sabiendas.

Y los que á sabiendas tambien, voluntaria y libremente, por sus discursos, sugestiones, consejos ó instrucciones, ó por soborno ó cohecho, incitan directamente á la perpetracion del mismo, ó por medio de artificios culpables, sin los cuales no se hubiera conseguido.

En cambio, el mismo Código del Brasil y el de Austria—en su art. 6.° cada uno—señalan bajo el concepto de cómplices á los que, segun los nuestros, solo tienen el carácter de encubridores, como son, al decir del primero de aquellos, los que asisten ó ayudan al culpable, despues de cometido el delito, ó con conocimiento de su ejecucion reportan de él alguna utilidad; y los que ocultan, como expresa el segundo, ó compran,

á sabiendas, las cosas obtenidas por medios criminales, ó dan asilo ó facilitan sus casas, para reunion de asesinos ó ladrones, no ignorando el fin que se proponen.

La legislacion inglesa, todavía más vaga en esta parte, ha fijado dos puntos de partida, para distinguir á los delincuentes, designándolos como *principales y accesorios*, é incluyendo, en ambas categorías, tanto á los que toman parte en la ejecucion del delito, en el concepto de autores inmediatos y materiales, como á los que, con su presencia ó de cualquier otro modo, los asisten, ayudan ó auxilian.

Aquellos se llaman delincuentes principales, en primer grado: estos otros, delincuentes principales, en segundo grado.

Y entiende por culpables accesorios á todos cuantos, antes ó despues del delito, han tomado, de cualquier modo, parte en él, trabajando para hacerlo cometer ó dando auxilio al delincuente principal; siendo de advertir que esa misma ley inglesa, que establecia tal diferencia y castigaba, en lo antiguo, con idéntica pena á los unos y á los otros, en estos últimos tiempos la ha modificado y rebajado, en la parte, que á los delincuentes accesorios se refiere.

Parece, pues, que hoy lo *principal*, respecto de la penalidad inglesa, supone la responsabilidad íntegra, para el autor inmediato y material del crímen y que lo *accesorio* no va más allá de la complicidad; por más que, en la manera de expresarse y en los términos que la ley usa, la participacion, en uno y otro, sea casi equivalente.

No es, por lo tanto, de extrañar, que esta materia, que á tan encontradas interpretaciones se presta, haya venido dando pasto á tantas discusiones; sin que en las disposiciones legales, antiguas y modernas, ni en los tratados de los más eminentes publicistas, se pueda encontrar uniformidad de opiniones, acerca de la misma.

El que mayor analogía tiene, respecto de este particular, con nuestro Código de 1870 y, por ende, con los anteriores de 1848 y 1850, sobre los cuales aquel está calcado, es en cierto modo el de Baviera, que coloca en una misma categoría é impone igual castigo á los autores físicos é inmediatos del delito, á los que ayudan ó favorecen su ejecucion de modo, que, sin su auxilio, no se hubiera efectuado, y á los que incitan y provocan, que son en realidad los definidos, como autores, en los tres números del art. 13 del nuestro de 1870—12 de el de 1850—señalando penas más leves para todos aquellos otros, cuya participacion no es tan eficaz ni tan activa.

Y ya que á este propósito hemos nombrado el Código español de 1848, como venimos haciendo en otras ocasiones, no hemos de pasar por alto el párrafo 2.° de su art. 13, suprimido, con muchísima razon, en

el de 1850, segun el cual, tambien se consideraban cómplices los que daban asilo ó cooperaban á la fuga de los criminales, á no ser que fuesen ascendientes, descendientes, cónyuges ó hermanos; caractéres, que no de la complicidad, sino del encubrimiento, son esencialmente distintivos.

Menester es, por lo tanto, confesar, que en esta parte nuestros Códigos modernos, estableciendo reglas fijas, para distinguir, con toda la exactitud posible, á los autores de los cómplices y de los encubridores, llevan una gran ventaja á las legislaciones extranjeras, donde todavía hay mucho de confusion y poco acierto.

A estas reglas fijas van, pues, encaminadas nuestras observaciones actuales, que consignamos con un cuidado especial y despues de muy maduro y detenido estudio; toda vez que la línea divisoria entre la responsabilidad íntegra y directa y material de autor y la que nace de la mera complicidad, es harto difícil de encontrar y tanta y tan grande la diferencia de las penas, que, en uno ú otro caso, han de imponerse.

Analicemos.

Todos los que entran á la parte en la ejecucion de un crímen son compañeros entre sí.

No todos los compañeros, sin embargo, llevan participacion igual en los detalles y pormenores del hecho, base del delito, ni es del propio modo necesaria é indispensable su presencia, para que se realice y lleve á efecto.

Consortes se llaman en lenguaje jurídico, con más propiedad que compañeros, todos cuantos corren una misma suerte con otros, en una empresa criminal ó en un delito dado.

Pero hay muchos casos, en que la intervencion directa y material de todos ellos no es precisa, para su ejecucion y, entonces, sin dejar de hallarse conjuntamente sujetos á la ley penal, unos lo serán, en el concepto de *consorte necesarios* y otros, en el *de consortes auxiliares*, pero no necesarios al objeto.

Estos auxiliares, no indispensables, son precisamente los designados, tanto en el art. 13 de los Códigos de 1848 y 1850, como en el 15 de el de 1870, bajo la denominacion de *cómplices*; entendiéndose que lo son, los que, no hallándose comprendidos en alguno de los tres números, que nos dan la definicion de los autores, cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos, pero sin los cuales habria podido efectuarse.

Bajo este punto de vista, en cuya exactitud convienen todos los criminalistas, desde luego estableceriamos *la necesidad ó no necesidad* de la concurrencia del agente, en primero ó segundo término, para la perpetracion de cualquier hecho penable, como eje ó base de la línea diviso-

ria entre la *co-delincuencia* y la *complicidad*, si no tropezáramos con el inconveniente de que, una vez dado el acto anterior ó simultáneo, no preciso, si antes no lo era ó no lo hubiera sido; una vez consumado aquel con esa intervencion auxiliar, el acto se convierte incidentalmente y no puede ménos de considerarse necesario, puesto que por necesidad ha ido á formar parte esencial del conjunto, que, en todas sus condiciones de union, es el delito.

Indudablemente el cómplice coopera á la ejecucion del hecho por un acto anterior ó simultáneo, no indispensable; pero desde el momento, en que, por ese medio no directo ó auxiliar, su cooperacion contribuye al éxito del mismo, ya parece como que queda confundido con el principal autor; naciendo de aquí esa diversidad de pareceres, en las legislaciones extranjeras, que antes hemos apuntado, y esa escasez de claridad en las ideas, con que la complicidad se define y se explica en todas ellas.

La necesidad es, no obstante, y debe ser para nosotros, y á pesar de todo, la clave más propia y adecuada, para resolver esta dificilísima cuestion, toda vez que tiene su apoyo en el texto expreso de la ley.

Los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto, *sin el cual no se hubiera efectuado* —hé aquí la necesidad —autores: *sin el cual se hubiera podido efectuar* — hé aquí la no necesidad— cómplices.

Todavía para esta complicidad, segun hemos dicho antes, se requiere otra necesidad superior, sin la cual su existencia es imposible: la necesidad del autor directo y material del hecho.

Sin hecho cierto y comprobado, sin cuerpo de delito, no hay, no puede haber autor; sin autor, no hay, no puede haber cómplice.

Pero no queda solo en esto, sino que la necesidad vá mucho más lejos.

La cooperacion, respecto de un delito, ha de ser por un hecho igualmente cierto y positivo; por un hecho, que lo sea en sí; por una accion determinada, sin la cual la complicidad no existiria.

Los hechos negativos ó equívocos, los que consisten en callar ó en dejar de hacer, no constituyen en cómplice al que se abstiene ó nada hace, ó guarda silencio, respecto del plan ó proyecto, que conoce.

El acto, por sí solo, de no impedir la ejecucion de un homicidio, por ejemplo, no significa la complicidad en el delito.

Por lo demás, la cooperacion, dado el acto anterior ó simúltaneo, cierto y positivo, en el cual haya de fundarse la penalidad imponible, con arreglo á las circunstancias atenuantes ó agravantes, que concurran en su ejecucion, es extensiva á toda clase de hechos punibles, salvos los que tienen su orígen en la imprenta, segun el art. 12 del Código de 1870, del cual nos hemos hecho cargo más arriba: lo mismo cabe respecto de un asesinato, que de una imprudencia temeraria.

De otro delito, sin embargo, nos ha dicho el Tribunal Supremo, en el cual no es posible la complicidad: el adulterio.

Porque el Tribunal Supremo lo ha consignado de este modo, casando una sentencia dictada por la Audiencia de Albacete, procedente del Juzgado de Infantes, en recurso señalado con el núm. 279 del año de 1874, respetamos la doctrina; por más que las razones, en que hubo de fundarse, no hayan todavía logrado convencernos.

El hecho, segun la relacion contenida en el fallo recurrido, admitiendo el resultando décimo-segundo del dictado por el Juez de primera instancia, fué el siguiente:

Doña E. R..... esposa de don F. G. C..... sostenia relaciones ilícitas con don M. G. A..... siendo intermediaria, entre los adúlteros, la criada Isabel del O....., á cuya vigilancia y cuidado fiaban sus contínuas entrevistas.

Isabel del O..... avisaba al amante las ocasiones, en que el marido estaba ausente; le facilitaba la entrada en la casa y dormitorio de su ama; se colocaba de centinela, para evitar toda sorpresa y era en fin, la que protegia, por todos los medios, que estaban á su alcance, aquellas relaciones, que descubiertas al cabo, y á instancia del marido, produjeron el proceso.

Condenados fueron D. M. G. A..... y Doña E. R..... como autores de adulterio, y con ellos y á su vez, bajo el concepto de cómplice, con abuso de confianza, la criada Isabel del O....., en veinte y cuatro meses de prision correccional; pero admitido el recurso de casacion, en cuanto á esta última, denegado respecto de aquellos, y sustanciado por sus trámites, fué absuelta.

Segun la Sala segunda del Tribunal Supremo, la cooperacion de la criada Isabel del O..... habia sido una accion inmoral y digna de reprobacion, pero que no debia caer bajo la sancion penal, puesto que la excluia de ella el art. 449 del Código, en su párrafo segundo.

Mucho hemos discurrido acerca de la razon legal de esa doctrina, y preciso nos es confesar ingénuamente, que, respetándola, como es nuestro deber, no hemos podido dar en la cuenta del por qué, ni de la virtud derogatoria de ese segundo párrafo citado, respecto del precepto terminante y de la definicion explícita, que de la complicidad el art. 15 nos ofrece.

Que el adulterio es un delito especial, en cuya ejecucion directa no caben más que dos autores, no es menester que la ley lo diga ni que la ciencia lo explique, para que se conozca y se comprenda.

Eso, sin embargo, de decir y pretender que, no debiendo perseguirse, sino en virtud de querella del marido agraviado, y porque este, al te-

nor de lo dispuesto en el art. 449, no puede deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, cualquiera otra persona, que los haya auxiliado, que haya cooperado á la ejecucion del delito, por actos anteriores ó simultáneos, no se constituye en una verdadera complicidad, será la interpretacion más exacta de la ley, puesto que así lo ha estimado el Tribunal Supremo, pero volvemos á confesar que no la hemos encontrado dentro de ella.

Tan indudable nos parece el párrafo segundo del art. 449 del Código, como altamente moral y altamente justo.

No es que excluya la complicidad, por parte de tercera persona; es que tiende á evitar la posibilidad de toda intriga y de toda desigualdad, que bien podrian surgir y serian muy fáciles y muy frecuentes, desde el momento, en que se dejase al arbitrio del marido agraviado perseguir al amante de su mujer, dejando libre á ésta, ó vice-versa.

Si tal se consintiera, podria en muchos casos resultar que de dos culpables, en igual grado responsables de un delito, uno quedase impune y el otro fuese castigado.

Comprendemos, pues, que dentro de las condiciones especialísimas de este delito—como afirman los comentaristas Sres. Alvarez—D. Cirilo—Vizmanos y Pacheco—no quepan la tentiva de adulterio ni el adulterio frustrado, puesto que es indispensable que llegue á su consumacion, para que el hecho justiciable adquiera forma; pero estamos muy lejos de pensar, como los dos primeros, que tampoco cabe la complicidad, quedando limitada la responsabilidad penal, con exclusion de toda otra persona, á los autores.

De inexacta califica el Sr. Pacheco esta doctrina, afirmando que no solamente puede haber cómplices en esta clase de hechos, sino tambien encubridores; de la misma suerte, que en cualquiera otro, desde el momento, en que con su ayuda pueden concurrir y cooperar á su ejecucion personas de diferentes clases, que no podrian, sin injusticia, ser calificadas de otro modo.

Salvo el respeto que debemos á nuestro elevado Tribunal y la consideracion, que nos merecen los dos comentaristas, que más arriba hemos nombrado, ésta que sostiene el tercero y que tambien nosotros sostenemos, es cuestion tan clara, que en este mismo sentido y de igual modo la hubiéramos resuelto, aun sin haber tenido en nuestro apoyo los términos tan explícitos y terminantes del art. 15 del Código, que de ninguna manera y en ningun concepto, el párrafo segundo del art. 449 deroga ó invalida.

Borremos del proceso antes citado la figura de la criada Isabel, y si bien no podrá decirse que sin ella el delito no se hubiera efectuado, na-

die habrá que desconozca cuánto sus actos anteriores y simultáneos contribuyeron á su ejecucion, y cómo fueron parte en ella, dentro de esa segunda escala de responsabilidad, que en toda clase de crímenes se puede hallar y que en todos ellos, incluso el adulterio, supone y significa la complicidad, segun la ley la expresa y la define.

«El cómplice *provoca*—dice Rossi—pero por un impulso *accesorio*, y que solo, no hubiera producido efecto: *ayuda*, pero no con actos que constituyan la accion criminal ó indispensables para su ejecucion.

Esto último, lo de *ayudar*, fué, ni más ni ménos, lo que hizo Isabel del O....., segun el resultado de la causa, tomada por ejemplo; y lo que esto hacen, ó aquello, en cualquiera clase de delitos, precisa y cabalmente son los cómplices.

En este último sentido hemos dicho antes que la complicidad, salvos los delitos de imprenta, porque la ley los excluye expresamente, lo mismo cabe, respecto de los que se cometen con intencion y malicia, que por imprudencia temeraria.

Y por si acaso nuestra afirmacion, acerca de ésta, puede parecer extraña ó nueva, algo hemos de decir, á fin de demostrarla y sostenerla.

Todas las legislaciones de todos los países, antiguas y modernas, desde el Fuero Juzgo, entre nosotros, hasta el Código de 1870, han reconocido como punibles, dentro de su carácter especial, aquellos actos que *no por razon de mal facer*, como dijo la ley 7, título 17, libro 4.° del Fuero Real y se repitió más adelante en la Novísima, sino por torpeza, ligereza, imprudencia, falta de atencion, imprevision, inadvertencia ó impericia—que son las palabras de que se valen los Códigos extranjeros—producen un delito.

La imprudencia temeraria, que así califican hoy nuestras leyes tales actos sin intencion y sin malicia, á diferencia de la negligencia, supone un hecho positivo: la negligencia, por el contrario, depende de una negacion.

Imprudente, el que sin deber hacerlo, hace con temeridad lo que no debió haber hecho: negligente, el que dejó de hacer lo que debia, de cuya omision resulta un daño.

Que puede haber dos, ó cuatro ó más autores de una misma imprudencia, de una misma negligencia, no hay para qué indicarlo, pues ello por sí solo se demuestra.

Tomemos los dos primeros ejemplos, que el mismo Fuero Juzgo y la Novísima nos marcan.

Dos ó tres pastores, para hacer de comer ó calentarse, encienden fuego en un monte, sin las debidas precauciones, y de sus resultas se produce un grande incendio.

Uno presta á otro su caballo y le induce directamente á que lo corra por la vía pública, en cuya ocasion atropella á un transeunte, que fallece en seguida ó más tarde, á consecuencia del golpe que recibe.

Tan autor del homicidio y en primer término responsable, será el que verificó el acto material de correr el caballo, como el que se lo prestó y lo indujo ó escitó á que lo corriera: como tan autores del incendio los dos ó tres pastores, que encendieron lumbre, donde el peligro de la propagacion era evidente.

Entremos, pues, ahora en la cuestion, objeto de estas líneas.

¿En el homicidio, por imprudencia, con motivo de haber corrido un caballo en sitio público, y en el incendio del monte, por no haber puesto, al encender lumbre, toda la diligencia y cuidado necesarios, cabe complicidad, respecto de otras personas, por cooperacion anterior ó simultánea, no precisa?

La respuesta, en nuestra opinion, no puede dejar de ser afirmativa.

Corre el ginete su caballo en camino ó sitio público, y en el tránsito de su carrera, y en el mayor impulso de ella, un tercero, que tiene un látigo en la mano, lo cruje y descarga sobre él, con que sucede que el animal se ciega más, se precipita ó se desboca, y se ocasiona el atropello, del cual se origina el homicidio.

¿Quién podrá negar que ese intempestivo latigazo, impremeditado y temerario, por más que no hubiese sido preciso paro la realizacion de la imprudencia, adquirió el carácter y la condicion de un acto marcado de complicidad, por la cooperacion anterior, ó casi simultánea, de la misma?

Pues del propio modo, el que, sin ánimo de tomar parte en la lumbre, que los pastores intentan encender, conociendo el lugar, el objeto y la ocasion, les facilita mecha ó tea, coopera por un acto anterior al hecho del incendio, que nació de la imprudencia y se hace, dentro de los términos de la ley, cómplice de ella.

Esto aparte, y con exclusion de los casos de imprudencia, que se ejecutan sin intencion criminal y sin malicia, tanto ésta como aquella son indispensables, para que la complicidad sea justiciable.

De la misma manera que no puede incurrir en sancion penal, como autor de un crímen, aquel que obra sin dañada intencion, sin ánimo de delinquir y sin malicia, tampoco puede merecer el castigo de los cómplices, quien, en su cooperacion simultánea ó anterior, no obra á sabiendas.

Y es menester, además, que los hechos ó actos, constitutivos de la complicidad, aparezcan claramente definidos, y que la intencion, que, en ellos, hubo de guiar al cómplice, no sea dudosa y vaga.

Pero una vez esto averiguado, una vez comprobada la complicidad, el responsable de ella, aunque en una escala inferior, segun los artículos 68, 70 y 72 del Código, de los cuales habremos de hablar más adelante, el cómplice, que de tal haya quedado convencido en el juicio, estará sujeto á la responsabilidad del crímen cometido, frustrado ó intentado, dentro de todas las circunstancias atenuantes ó agravantes, que, respecto de los autores principales, deban apreciarse.

Esta doctrina, apoyada exactamente en la ley, necesita, sin embargo, alguna explicacion.

Las circunstancias atenuantes ó agravantes de todo delito—como ha dicho, á este mismo propósito de la complicidad, un escritor contemporáneo —no son más que los diversos modos ó las condiciones particulares, dentro de las cuales el hecho punible se produce.

Esta es la verdad.

El parricidio, sin ser en sí más que un homicidio, nace exclusivamente del parentesco entre la víctima y el agresor; el asesinato, de la premeditacion ó alevosía, con que ese mismo homicidio se ejecuta; el hurto doméstico, de la relacion de confianza entre el amo y el criado.

Pero hé aquí que de esta verdad innegable, gazantizada por la ley, surge natural y necesariamente una nueva cuestion, que vamos á expresar, limitándonos, en su explicacion, á los tres ejemplos citados, y que bien cabe hacerse, por ellos, extensiva á todos los demás casos, que en igual concepto puedan ocurrir.

¿Cómo es que, no teniendo el cómplice parentesco alguno con el hijo, que dá muerte á su padre, ha de responder de un parricidio?

¿Cómo es que el que presta su cooperacion para un asesinato, ha de hacer suya la premeditacion ó la alevosía, que parece afectar exclusivamente al que asesina?

¿Cómo es, en fin, que al cómplice del hurto doméstico ha de alcanzar de igual modo la mayor responsabilidad del abuso de confianza, cuando ninguna existe para con él, como cooperador de la sustraccion, que el criado ejecuta, en la casa de su amo?

Para contestar terminantemente, y en sentido afirmativo, á las tres preguntas, que anteceden, lo primero que debemos tener en cuenta, y no olvidar, es que la declaracion judicial, respecto de la calificacion del hecho, con relacion á su principal autor, no puede ménos de alcanzar á cuantos con él toman parte en su ejecucion, y le ayudan ó le encubren.

Si el tribunal sentenciador ha declarado al principal culpable reo de parricidio, y este es el verdadero crímen cometido, imposible legal, moral y materialmente parece que la complicidad ó el encubrimiento pueda recaer sobre otro alguno.

Pero la base de toda complicidad, como se ha indicado antes, depende esencialmente del conocimiento, por parte de aquel que coopera al hecho punible, respecto de la inmoralidad del mismo, en sus verdaderas circunstancias y en todos sus detalles: la base de la *imputabilidad*, ni más ni ménos, hasta el punto de que, dada una administracion de justicia sábia, recta é imparcial, no se puede considerar extraño á ella el castigo de un cómplice, con la pena inmediata á la del autor, cuando ha conocido préviamente las circunstancias cualificativas del crímen cometido.

Dentro, pues, de esta explicacion clara y sencilla, y de la buena doctrina incontestable, los cómplices de un criado, que hurta á su amo; de un funcionario público, que abusa de su autoridad ó de su cargo; de un hijo, que asesina á su padre; de un padre, que estupra á su hija, ó de un tutor, que comete violacion en su pupila, lo son, y no pueden ménos de serlo, respectivamente, de los delitos de que son responsables, en primer término, los autores principales, á cuya calificacion quedan subordinados; debiendo serles impuestas, con las modificaciones ó rebajas de la ley, las mismas penas.

De todo lo expuesto, venimos lógicamente á deducir—y así es lo cierto—que las circunstancias agravantes, que cualifican los delitos, son, por regla general, tan inherentes á los mismos, que sin ellos no pueden existir.

Elimínese, por ejemplo, la premeditacion del asesinato, y el hecho se convertirá en un simple homicidio.

Pero desde el momento, en que la premeditacion existe, y el cómplice conoce la forma y el carácter de la ejecucion, y ayuda á ella, lo es de asesinato, y se hace responsable de la pena, que la ley señala al mismo.

No aceptamos, en esta parte, la doctrina, que sustenta el eminente escritor Rossi, en aquello de que la agravacion que se deriva de las cualidades ó relaciones personales, es *incomunicable*, y no puede alcanzar de modo alguno al cómplice.

Cuando uno ayuda ó auxilia á un hijo, para que dé muerte á su padre, no es que sólo manifiesta mayor perversidad; es que, sabiendo el parentesco, que existe entre ambos, por más que, al coadyuvar á la accion, no tenga que vencer el obstáculo moral de la paternidad, se hace solidariamente responsable de ella, tal y como resulta de la circunstancia, que la cualifica, en toda su deformidad, que conoce, en todas sus consecuencias, que acepta, y que no pueden producir dos calificaciones diferentes.

Tan arraigada es nuestra conviccion, respecto de este extremo, y tan antigua, que en nuestro *Tratado de Derecho criminal*, de que ya en

otra ocasion hemos hecho mérito—año de 1861—á propósito de esta misma cuestion—pág. 203—decíamos de este modo:

«La mujer que mata á su marido, es parricida.

«El hombre que, conociendo esta circunstancia, se une y le ayuda en la ejecucion de la muerte, ni es, ni puede ser, un simple homicida; porque desde luego acepta toda la responsabilidad, que el hecho lleva en sí, bajo la más grave calificacion, que le dá el parentesco del muerto con la mujer, á quien se une, para cometer el delito, el cual, precisamente, por esa circunstancia especial, es, y no puede ménos de ser, para ambos uno mismo.»

«Aceptando la teoría contraria, tambien se podria sostener igual doctrina en el sentido opuesto.»

«El hombre que, de acuerdo, y aceptando la complicidad de una mujer, dá muerte al marido de ésta, es solamente un homicida; aquella no podrá, por lo tanto, considerarse más que como cómplice de un homicidio, por más que el interfecto sea su cónyuge.»

«Nosotros, que creemos y hemos sostenido—dijimos tambien—y sostenemos, que el que en union de un criado, sabedor de esta circunstancia, y aprovechándose de la misma, toma parte con él en la ejecucion de un hurto á sus amos, es cómplice de hurto doméstico, no podemos ménos de creer, y sostener tambien, que el que se une á una mujer, y con ella busca los medios de matar á su marido, es, como ella, co-autor del parricidio.»

Esta era la práctica, que por aquellos tiempos se observaba en la Audiencia de Madrid; y si bien cambió luego, por haber cambiado en mucha parte el personal de la misma; establecido que fué el recurso de casacion, en materia criminal, llevada la cuestion al Tribunal Supremo, y sostenida por el Ministerio fiscal, en el sentido de la buena doctrina, segun venimos explicando, al fin volvió á prevalecer con mayor autoridad, y así en diferentes sentencias del mismo se ha resuelto.

Pero no todas las circunstancias agravantes cualificativas alcanzan á los cómplices.

Entre algunas otras, que nos ocurren, citaremos una, que consideramos de suma importancia, y por la cual se puede juzgar de las demás.

El Código de 1850, en el núm. 3.° de su art. 439, castigaba el delito de hurto, con las penas inmediatamente superiores en grado, cuando el culpable era reincidente en la misma ó semejante especie de delito: el de 1870—en el 533—contiene igual precepto, si bien la reincidencia, segun él, ha de ser doble por lo ménos.

La reincidencia, pues, en el concepto que haya de apreciarse, cualifica el hurto.

¿Bajo tal punto de vista, el cómplice de este delito cualificado, siquiera tuviese noticia de que el autor principal habia sido dos veces condenado anteriormente por hechos análogos, habrá de sufrir la pena correspondiente, dentro de la regulacion, que la cualificacion envuelve?

Desde luego no: primero, porque la reincidencia no es una circunstancia constitutiva del hurto; segundo, porque, consistiendo en una causa puramente personal, es precisamente de las que designa el artículo 80 del Código de 1870, en el concepto de no afectar más que á aquellos en quienes concurra, cualquiera que sea la participacion, que hayan tomado en el delito.

La complicidad puede ser además moral y material.

No el que fuerza ó induce directamente á otro á la ejecucion de un crímen, con promesas, halagos ó intimidacion, porque éste es responsable, como autor; no tampoco el que lo aprueba, ó el que, sabiéndolo, calla y deja obrar al delincuente, porque éste no coopera, pero sí el que, valiéndose de la persuasion ó del engaño, ó por cualquiera otro medio, aleja, por ejemplo, á los testigos, que hubieran podido presenciarlo ó estorbarlo, ó aconseja á la víctima el viaje, que ha de dar ocasion al mismo, ó practica hechos análogos, incurre en la primera.

El que se coloca al acecho, ó guarda la espalda al asesino, ó avisa al ladron la hora oportuna, incurre en la segunda.

Esta facilita la perpetracion; aquella predispone el ánimo del delincuente: una y otra son igualmente punibles.

Pero si el cómplice—un grado más atrás—sigue las huellas del autor, no siempre guarda relacion, respecto de ámbos, el fallo judicial.

Por regla general, cuando el reo-autor es absuelto, respecto del delito, objeto del procedimiento, el tenido por cómplice no puede sufrir pena.

Cabe, no obstante, la combinacion de que el hecho justiciable resulte en debida forma comprobado, y de que, siendo el autor desconocido, la existencia y responsabilidad del cómplice, ó los cómplices, aparezcan evidentemente demostradas.

En este caso, no habrá sino imponer á éstos la pena señalada por la ley.

Todavía previó el legislador la ocasion y definió un hecho de marcada responsabilidad criminal para el cómplice, sin que el autor sea comprendido en ella.

El que presta auxilio á otro, para que se suicide, debe ser castigado, segun el art. 421 del Código de 1870, igual al 335 de el de 1850, con prision mayor, ó reclusion temporal, si ejecuta la muerte por sí mismo.

En este segundo caso, el auxilio prestado pierde su carácter de complicidad, y convierte al auxiliador en homicida, razon por la cual, la pena, en que incurre, es la misma que se señala en el art. 419 para el homicidio.

En el primero no hay más que un acto de verdadera complicidad, por la cooperacion prestada al hecho, y así lo han entendido ámbos Códigos, rebajando aquella al grado inmediato inferior, que es cabalmente lo que se dispone en el art. 68, respecto de los cómplices de un delito consumado.

La complicidad, por último, como toda responsabilidad directa, abraza tres grados diferentes, á saber: la que se refiere al delito consumado, la relativa al frustrado y la de tentativa de delito.

En esta parte, toda explicacion parece innecesaria, puesto que respondiendo, en los dos últimos, á la doctrina general, que respecto del primero dejamos explicada, no hay entre ellos otra diferencia, que la que concierne á la gradacion de la pena, con arreglo á las disposiciones contenidas en los arts. 68, 70 y 72, de que más arriba se ha hecho mérito, cuya rebaja progresiva se halla en los mismos perfectamente deslindada.

Un grado ménos para los primeros; dos para los segundos y para los terceros tres.

Compañero en el delito y responsable de su ejecucion, aunque en escala ó categoría más inferior, es tambien aquel, que con conocimiento de la perpetracion del mismo, sin haber tenido en él, como autor ó como cómplice, participacion directa, aprovecha despues, por sí mismo, ó auxilia á los delincuentes, para que aprovechen sus efectos, ú ocultan ó inutilizan los instrumentos, que sirvieron para llevarlo á cabo, con la idea de impedir que se descubra, ó alberga á los culpables, ó les proporciona la fuga, segun las disposiciones contenidas en los cuatro números de el art. 16 del Código de 1870.

Menester es que tengamos á la vista el texto literal del mismo, en todos ellos, á fin de mejor estudiarlo y comprenderlo.

Dice así:

Son encubridores los que con conocimiento de la perpetracion del delito,

sin haber tenido participacion en él, como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad á su ejecucion, de alguno de los modos siguientes:

1.° *Aprovechándose por sí mismos, ó auxiliando á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.*

2.° *Ocultando ó inutilizando el cuerpo, los efectos, ó los instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento.*

3.° *Albergando, ocultando ó proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

PRIMERA. *La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.*

SEGUNDA. *La de ser el delincuente reo de traicion, regicidio, parricidio, asesinato ó reo conocidamente habitual de otro delito.*

4.° *Denegando el cabeza de familia á la autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio, á fin de aprehender al delincuente, que se hallare en él.*

En su lugar oportuno, hablando de los cómplices, con relacion al artículo 13 del Código de 1848, observamos la impropiedad de su párrafo 2.°, donde se incluyeron, en tal concepto, los que, por dar asilo ó cooperar á la fuga á los delincuentes, sólo podian tener, en sus casos respectivos, el carácter de verdaderos encubridores.

Cualquiera que hubiera podido ser la razon que el gobierno de entonces tuvo para ello, siquiera hubiese sido por exigencia de alguno ó algunos de los indivíduos de los cuerpos colegisladores al ministro de Gracia y Justicia y en ódio á los bandidos, como, para escusar su anomalía, indica uno de los comentaristas anteriormente citados, ello es que, en el proyecto de la comision no existía; que, una vez aceptado, produjo una verdadera conculcacion de la doctrina general, base esencial de la ley toda, y que con sobradísimo fundamento, como ya hemos dicho, en el Código de 1850 fué desechado y suprimido.

Tambien entre éste y el de 1870 se observan algunas variaciones.

La definicion del encubrimiento y los modos de llevarlo á efecto, segun sus tres números primeros, son idénticos en ámbos.

El de 1870, sin embargo, al determinar las circunstancias, que se requieren, respecto del albergue, ocultacion ó fuga del culpable, aumenta el delito de traicion, y adaptándose á la distincion que establece entre los homicidios, simplifica la locucion, usando, como la más propia, de la palabra asesinato.

Pero aumenta además el número 4.°, cuyo texto literal dejamos ya copiado.

Por más que comprendamos que tal disposicion, en su relacion pre-

cisa con el art. 5.° de la Constitucion de 1869, envuelva el pensamiento de evitar los casos de evasion, por parte de los delincuentes, valiéndose del pretesto de la inmunidad del domicilio, durante las horas de la noche, parécenos que existe alguna contradicion entre el mismo, tal y como se halla redactado, y el sistema general de la ley, al cual obedece la definicion del encubrimiento.

No hemos de entrar ahora en el exámen del precepto constitucional, ni cumple á nuestro propósito elogiarlo ó combatirlo, como bueno ó como malo.

Esto empero, si mientras está vigente, preciso es observarlo, no hay razon alguna, que justifique la responsabilidad del cabeza de familia, en el concepto de encubridor de un delincuente, porque durante la noche deniegue á la autoridad el permiso para entrar en su domicilio, usando de un derecho, que tiene consignado en la primera y principal de todas las leyes del Estado.

La autoridad, por su parte, en tanto nace y brilla el dia, tiene á su vez el de tomar cuantas medidas de precaucion considere oportunas y necesarias, á fin de evitar que el culpable, aprovechando las horas de inviolabilidad nocturna, y de la mayor facilidad, que las tinieblas le ofrecen, logre evadirse y sustraerse á la accion de la justicia.

Dado, no obstante, el caso de que la evasion se llegase á verificar, y justificado, en debida forma, que el cabeza de familia la habia auxiliado, prevaliéndose ó abusando de la situacion, en que la ley lo constituye, y convirtiendo su garantía en garantía de la impunidad del delincuente, con sobradísima justicia la responsabilidad de encubridor podria alcanzarle; pero no es esto ciertamente lo que el Código de 1870, en el número 4.° de su art. 16, prescribe y determina.

No seria, por consiguiente, inútil, ni estaria demás su aclaracion.

El encubrimiento, por lo demás, en su acepcion genérica, dentro de sus condiciones propias, y en el terreno de la filosofía y de la moral, ha sido considerado siempre, en lo antiguo y en lo moderno, por la mayor parte de los publicistas, que han escrito acerca de él, como una especie de complicidad tan grave, que no ha faltado, entre ellos, quien ha sentado el principio de que los encubridores ó receptadores de un crímen, son todavía de peor condicion que los autores.

«*Point de recéleur, point de voleur*» dice un adagio francés.

Si no hubiera encubridores, no habria malhechores; lo cual, si no es en absoluto y de todo punto exacto, basta, al ménos, para dar idea de cuanto puede influir el encubrimiento, en la ejecucion de los delitos.

Es evidentemente cierto, como escribió Mr. Boitart, concretando su ejemplo á los ladrones, que los criminales, en su mayor parte, trabajan

generalmente por su cuenta, sin que necesiten que otros los encubran, y de necesitarlos, fácilmente los encuentran dentro de los indivíduos de su propia familia, en cuyo provecho y beneficio redundan naturalmente las malas acciones por ellos cometidas; pero esta observacion, que puede concretarse á casos dados, no excluye, de modo alguno, la fatal influencia del encubrimiento, tan perniciosa y tan inmoral, por lo que alienta y anima á los culpables.

Si el asesino, antes de dar muerte á su víctima; si el incendiario, antes de prender fuego á las mieses de su enemigo; si el ladron, antes de asaltar la morada agena, estuvieran persuadidos de que no iban á encontrar, por parte de tercera persona, auxilio posterior, para evadirse ó sustraerse á la accion de la justicia; de que iban á caer en su poder y de que no podian salvarse de la pena señalada al delito cometido, es muy posible que ni el robo llegara á cometerse, ni el asesinato ni el incendio.

Tanto importa, á los efectos del encubrimiento, segun las principales legislaciones, entre ellas la nuestra, la ocultacion de los delincuentes, como de las cosas procedentes del delito, y, en esta parte, era la ley romana tan severa, que la misma pena imponia al que cometia el crímen, que á aquel que lo encubria.

Hay, sin embargo, una diferencia, no establecida en nuestro Código, que es importantísima y de la cual el Código francés de 1810—en sus artículos 61, 62 y 63—trató ámpliamente.

No supone tanta inmoralidad ni es tan odioso y repugnante el acto de proteger á un indivíduo, que acaba de delinquir, procurando ocultarlo, para que pueda librarse del tribunal que le persigue, como el de proporcionar secreto asilo y ocasion de reunirse misteriosamente á los criminales y de esconder sus armas ó los instrumentos dedicados al crímen, para que, en ocasion oportuna, puedan salir á ejecutarlo, yendo con ellos á la parte en las utilidades, que resulten de él.

Los que esto último practican, más que encubridores son cómplices: más que cómplices, acaso pueden llegar, segun las circunstancias del hecho, á la categoría de autores.

Rara es, en todos los países conocidos, la poblacion de alguna importancia, donde no hay hombres de mal vivir, que si no dedicados directamente al crímen, ejercen *la industria* de facilitar sus hogares, para la frecuente reunion de malhechores, concertándose en ellos los asesinatos, los robos y cuantos otros delitos pueden importar á sus designios.

Este es un abuso criminal, de tal manera grave, que, ante su constante peligro, es imposible que la sociedad permanezca inactiva, ni que el criterio judicial deje de elevarlo á la categoría de los que determinan la responsabilidad íntegra, por la ejecucion directa y material del hecho.

La *industria*, pues, de los receptadores de oficio—si nos es permitida la frase, para mejor expresar el pensamiento—exige todo el rigor de las leyes y solo puede figurar dentro de la cooperacion indispensable, que lleva en sí la pena misma, en toda su plenitud, del crímen que auxilian.

En este concepto, los que tal industria ejercen, los que *habitualmente* ceden sus hogares á los ladrones, para que concierten sus robos, á los hurtadores, para que combinen sus hurtos, á los asesinos, para que arreglen los medios de matar, y les guardan las armas ó los instrumentos necesarios; si estos tres delitos, en sus casas concertados, se llevan luego á ejecucion, por esas mismas personas ú otras diferentes, de los tres habrán de responder, en la forma que hemos referido.

Por esto es que el verdadero encubrimiento se refiere á la intervencion posterior en el delito, y no anterior ó simultánea; circunstancia esencialísima, que no se puede perder de vista y ha de tenerse muy en cuenta, para apreciar con toda exactitud esos actos de *industria criminal*, que no son, por desgracia, muy escasos.

Segun algunos jurisconsultos, el encubrimiento no consiste únicamente en dar albergue al culpable, ó en auxiliarle, con provecho propio, para que se aproveche, á su vez, de los efectos del delito; sino que en general allí resulta el hecho punible, donde una tercera persona trata de impedir ó estorbar, por cualquier medio, que aquel sea descubierto, detenido, juzgado ó castigado; como, por ejemplo, si le entrega su caballo, para que se escape, ó le dá dinero, para que se embarque, ó víveres, para asegurar su subsistencia.

En nuestra opinion, por lo que hace á estos últimos casos ó cualquiera otro análogo, que pueda ocurrir, es llevar demasiado lejos el rigorismo de la interpretacion; porque ni un socorro pecuniario, sin más consecuencia y sin otro auxilio más directo, ni un poco de pan ó cosa equivalente, pueden significar la idea de la infraccion legal voluntaria, por parte de aquel, que, de cualquiera de esos dos medios, favorece al delincuente.

La responsabilidad criminal de los encubridores, como tambien hemos dicho de los cómplices—y esta es la ley comun—depende necesariamente de la malicia y de la voluntad libre, con que obren, al auxiliar ó proteger á los culpables.

Si les dan asilo ó albergue, sin saber que lo son, ó bien á la fuerza y con violencia ó intimidacion, ejercida en ellos por los mismos; si les proporcionan la fuga, ignorando la verdadera razon de ella, claro es que no deben ser responsables de un acto, cuya inmoralidad les es desconocida.

En cambio, el comprador malicioso, y revendedor despues, de los objetos procedentes de un crímen, no puede menos de hallarse comprendido en la sancion penal, relativa á los encubridores.

Esa reventa, á sabiendas de su orígen, es indudablemente una intervencion posterior á la ejecucion del delito, de la cual nace el doble provecho, que reportan respectivamente el revendedor y el delincuente.

Todavía más.

El segundo comprador, que adquiere la cosa hurtada ó robada de aquel, que la revende, cuando haya motivo racional bastante, no ya solo para que deba sino para que pueda sospechar su procedencia criminal, incurrirá á su vez en pena.

Aceptamos, respecto de este extremo, el ejemplo que, en confirmacion de esta doctrina, nos ofrece el Sr. Pacheco, en el tercero de sus comentarios al art. 14 del Código de 1848.

El platero, á quien un mendigo lleva á vender, por un precio ínfimo, alhajas distinguidas, no puede menos de sospechar y comprender que son de orígen ilegítimo, y si á pesar de ello y sin más averiguacion, las compra y especula con las mismas, mal querrá luego alegar razones de ignorancia, para fundar en ella su disculpa.

Pero si todo aquel, que se aprovecha por sí, ó auxilia á los delincuentes, para que se aprovechen de los efectos del delito, ú oculta ó inutiliza el cuerpo de el mismo ó los instrumentos, con que hubo de cometerse, á fin de impedir que se descubra, está de lleno dentro de las condiciones del encubrimiento; no todo el que alberga, oculta ó proporciona la fuga del culpable, incurre en igual responsabilidad, puesto que, en estos casos exige la ley determinadas y especiales circunstancias, sin las cuales el auxilio prestado no supone delincuencia.

Hemos dicho antes, como ejemplo, que cae en pena, bajo el concepto de encubridor, aquel que entrega á otro su caballo, para que con él pueda escapar á la persecucion de la justicia, y este mismo hecho nos ha de servir, para demostrar la diferencia, que, en el párrafo anterior, dejamos consignada.

Hay una clase de encubrimiento que es *absoluto*, y se produce en toda ocasion y en todo caso, á saber; el que se refiere al aprovechamiento, ocultacion ó inutilizacion de los efectos, instrumentos ó cuerpo del delito.

Hay otro, que podriamos llamar *relativo*, y tiene por base el carácter público del que lo ejecuta ó la índole y naturaleza del delito, que se encubre.

Si el que entrega su caballo al culpable, para que se escape, ó lo oculta ó le dá albergue, siendo funcionario público, abusa en ello de su

cargo, la ley del encubrimiento le obliga á responder criminalmente del hecho.

Si no es funcionario, ó si á pesar de serlo, obra como particular y sin relacion alguna con las funciones de su empleo, la accion no es justiciable.

Ni lo es tampoco, con referencia al mismo, como á cualquiera otra persona, en su condicion privada, cuando no se trata de los delitos de traicion, regicidio, parricidio ó asesinato, ó bien de un culpable, reo conocidamente habitual de otro delito.

En estos cinco casos, que son la exclusion terminante y taxativa del Código, al tenor de la segunda circunstancia del número 3.° de su artículo 16, el encubridor —salvas las del parentesco, que mencionaremos en seguida— no tiene excusa alguna.

Antes, sin embargo, es necesario aclarar los conceptos, que dejamos indicados, por lo que á los empleados públicos concierne, para mejor explicar cómo ha de entenderse el abuso de funciones, que constituye, en ese caso especial, la delincuencia.

En esta parte viénesenos á la memoria, y no queremos dejar de citar la ley lombarda, como la más rigurosa, entre todos cuantos Códigos extranjeros conocemos, y por la cual se imponian penas severísimas y aun la de muerte, en ocasiones dadas, no ya con relacion exclusiva á los funcionarios, sino á cualquier indivíduo, que ejercia oficio público, como, por ejemplo, al barquero, que pasaba en su barca á un criminal, ó al pontonero, que le permitia atravesar el puente, cuya guarda le estaba encomendada.

La intervencion abusiva de funciones públicas, y, por consiguiente, punible, segun y como nuestros Códigos disponen, se limita á la que puede resultar, respecto de los empleados, que tengan á su cargo la persecucion del delincuente, ó en cualquier concepto se hallen con su custodia ó seguridad relacionados, cuando el hecho en sí no constituya un delito previsto por la ley y expresamente castigado en ella.

El agente de órden público, por ejemplo, que en lugar de detener al homicida y entregarlo, como es su obligacion, á la autoridad competente, á fin de que sea juzgado y sentenciado, lo oculta en su casa ó le facilita los medios, para que pueda huir, incurre en la responsabilidad criminal del encubridor, con abuso de funciones públicas; como incurririan el alcalde de barrio, á quien se diese cuenta del suceso, ó el inspector de policía ó el juez de primera instancia, á quien se hubiese sometido, cada uno en caso igual y dentro de su esfera y de sus atribuciones respectivas.

Un oficial de telégrafos, por el contrario, un administrador de Cor

reos ó Hacienda pública, un subdelegado de montes, pueden ocultar en su casa ó entregar su caballo, con el propósito de que logre eludir la accion de la justicia, á un delincuente cualquiera, y á nadie se le ocurrirá decir que han abusado de sus cargos.

Y si el auxiliado por ellos no es culpable de traicion, regicidio, parricidio, ó asesinato, ó reo conocidamente habitual de otro delito, bien puede asegurarse que la sancion penal no les alcanza.

Tampoco —salvos dos casos concretos, que son los determinados en el número 1.° del art. 16, que venimos estudiando— se puede castigar á los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos, ó afines, en iguales grados, por el encubrimiento, entre los mismos, sea cualquiera el delito de que se trate, y cualquiera tambien la condicion del delincuente.

Están exentos de las penas impuestas á los encubridores —dice el art. 17 del Código de 1870— *los que lo sean de sus cónyuges, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos, ó afines en los mismos grados, con solo la excepcion de los encubridores, que se hallaren comprendidos en el nùmmero* 1.° *del artículo anterior*.

Esto no puede ser, á la verdad, más justo.

No han de ser las leyes humanas las que tiendan á relajar los vínculos de la familia y de la sangre, cuyo orígen proviene de la ley divina, ni á romper los naturales afectos del corazon, ordenando á la madre que prescinda del suyo, en favor de su hijo, que comete un crímen; obligando al hijo, á que cierre á su padre, siquiera se le acuse de traicion ó regicidio, las puertas de su casa, ó prohibiendo al hermano que oculte ó inutilice el cuerpo del delito, por su hermano cometido.

Ahora, si el hermano, el hijo ó la madre se aprovechan por sí ó auxilian al culpable, para que se aproveche de los efectos del robo; por ejemplo: si la mujer hurta, el marido vende, y ambos hacen suyo el lucro, la irresponsabilidad criminal desaparece, quedando sujetos al castigo de los encubridores; porque claro es que, en esas ocasiones y en todas las demás análogas, no puede entenderse que se limiten al auxilio lícito, que la ley natural, y con ella la penal dispensa, sino que van mucho más allá, tomando, en la ejecucion del hecho, esa intervencion posterior al mismo, que lo completa y perfecciona.

Estos, pues, son los dos únicos casos de excepcion, que indicamos más arriba.

Puede tambien ocurrir otro especial, en sentido opuesto, no dudoso,

sin embargo, toda vez que el mismo Código lo aclara, pero acerca del cual no habrán de parecer ociosas dos palabras.

Un hijo hurta á su padre una crecida suma y diferentes alhajas, sin que nadie más que él haya tenido participacion en el hecho, que llevó á cabo por sí solo.

Sobresaltado despues, y á fin de ocultar alhajas y dinero, confia el secreto á una tercera persona, que no solo le auxilia, para que se aproveche de ambas cosas, sino que él tambien, por su parte, se aprovecha de ellas.

El encubrimiento, por consiguiente, es indudable.

Si, pues, el art. 580 del Código de 1870, al igual del 479 de el de 1850, declara exento de responsabilidad criminal al hijo, y sujeto únicamente á la civil, ¿se ha de entender que el encubridor del abuso se encuentra en igual caso?

No.

Por más que los principios generales de Derecho, por los cuales hemos explicado análogas cuestiones, pudieran darnos, respecto de la anterior pregunta, una respuesta afirmativa, la excepcion final del expresado artículo la resuelve, con sobrada justicia, de otro modo.

En realidad, y al tenor del mismo, las sustracciones cometidas por los cónyuges, ascendientes ó descendientes, en perjuicio unos de otros, no constituyen delito, y sólo pueden dar ocasion á la reparacion ó indemnizacion civil.

Donde no hay autor principal, no puede haber cómplice ni encubridor; la tercera persona, que encubrió al hijo, lógicamente discurriendo, se coloca en la misma situacion; pero hé aquí que, previniendo el legislador la inmoralidad de esta exencion secundaria, dispuso, con acertadísimo criterio, que ésta no fuese aplicable á los extraños.

La jurisprudencia francesa, á juzgar por una sentencia dictada por el tribunal correccional de *Blois*, confirmada por el superior de *Orleans*, en un caso análogo, que tenemos á la vista, parece ir, en esta parte, un poco más léjos, apartándose algun tanto de esos mismos principios elementales del Derecho, en los cuales descansa tambien su ley penal.

Nicolás Vallet, encubrió y aprovechó parte de los efectos, que la señora Bordé habia sustraido, por la noche, de la casa conyugal, en perjuicio del marido.

El tribunal correccional de *Blois*, interpretando el art. 380 del Código francés, que en sustancia, contiene la misma exencion de responsabilidad que el nuestro, en el 580, decidió que, si bien aquella clase de sustracciones no constituia delito, y que por lo tanto, si éste no existia, no cabia responsabilidad por parte de tercera persona, ello era que Ni-

colás Vallet, que no estaba en las condiciones de la mujer, y no podia ser cómplice ni encubridor, habia contribuido directamente al hurto, haciéndose responsable de él, en el concepto de autor, y quedando sujeto, por consiguiente, á la penalidad absoluta del delito.

Nos parece demasiado violenta semejante interpretacion, respecto del artículo citado, y no la aceptamos para el nuestro, en cuyos dos preceptos hay perfecta analogía.

Mucho más repugnante es, seguramente, la conducta del encubridor, cuando lo es de la mujer, que hurta al marido, ó del hijo, que defrauda al padre, que el de aquel que auxilia á persona extraña al ofendido; pero como la ley ha de ser inflexiblemente lógica en todas sus consecuencias, no cabria entenderse que existia responsabilidad criminal para con un tercero, por el encubrimiento de un hecho, que segun su terminante disposicion, no es justiciable, si en ódio á esa mayor repugnancia del abuso, no se hubiera excluido expresamente.

Nosotros, que respecto de este particular, como de cuantos otros hemos tratado y habremos de tratar, nos atenemos extrictamente al texto escrito, dentro de la buena doctrina, que constituye la interpretacion más recta del libro, que estudiamos, comprendemos desde luego, cuanto habria habido de anómalo en esa perjudicial impunidad, para quien, sin ser parte de la familia, ayuda á la ejecucion del hurto, estafa, daño ó defraudacion, que en el seno de ella se comete, y no podemos ménos de aceptar, como bueno, como altamente moral y altamente justo, el principio de la excepcion, que contiene el último párrafo del citado art. 580, segun el cual, los encubridores de tales delitos, fuera de los vínculos del parentesco ya marcados—y lo mismo entendemos de los cómplices—quedan íntegramente sujetos á las penas respectivas de la ley.

Y lo quedan dentro de la calificacion, que el hecho tenga en sí, sin que respecto de los mismos y de todos los que, con tal carácter, vayan á un proceso, haya necesidad de repetir cuanto acerca de aquellas y sobre la apreciacion de las circunstancias atenuantes ó agravantes, se ha dicho de los cómplices, puesto que les es aplicable igual doctrina.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien civilmente.

Esto dice el Código de 1870, en su art. 18; esto decian, en el 15, los de 1848 y 1850, y esta es tambien la doctrina general, á que, respecto de este punto, se hallan subordinadas las legislaciones extranjeras.

Todas ellas han aceptado ámpliamente este principio, emanacion directa de las reglas de la equidad y del derecho natural, y en todas se encuentra igualmente ese mismo precepto fundamental, en el cual estriva la justicia.

El delincuente —escribe el Código del Brasil, en su art. 15—*reparará el perjuicio, que haya causado por el delito.*

La pena impuesta al culpable—dispone el de Austria, en el 35—*no invalida jamás los derechos de aquellos, que por el delito han sido perjudicados y ofendidos.*

La imposicion de las penas establecidas por la ley—dice el francés—*es siempre sin perjuicio de la restitucion, respecto de los daños causados á las partes.*

La interpretacion de este precepto, tan claro de suyo, tan natural y tan sencillo, ha venido, sin embargo, á producir, en alguno de nuestros tribunales, graves dudas.

No en su esencia, no en su espíritu, elevadamente filosófico y moral, no en su conveniencia, sino en la ocasion y en la forma de cumplirlo.

La ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872 dió motivo á ellas.

Si el art. 11, en su párrafo segundo, que es preciso tener muy á la vista, no cambió la índole de la accion civil, que, juntamente con la criminal, nace de todo delito y tambien de toda falta: menester es convenir en que, al ménos, en su principio, hubo de imprimirle un nuevo giro.

Veamos ántes, y para mayor claridad, cuanto, respecto de este particular, los arts. 9.º y 10 de la misma determinan.

Las acciones que nacen de un delito ó falta podrán ejercitarse junta ó separadamente.

Ejercitada solo la accion penal, se entenderá utilizada tambien la civil, á no ser que el dañado ó perjudicado la renunciare ó la reservare expresamente. Si se ejercitare solo la civil, no se entenderá utilizada con ella la penal, la cual se considerará extinguida, si fuere renunciable.

Desde luego se inició, en vista de ambas disposiciones, la idea ó interpretacion de que la accion civil era de todo punto independiente de la accion criminal, por más que pudieran ejercitarse á un mismo tiempo, ó por separado, con el derecho de renuncia á ellas, segun y cómo en el texto de la última se consigna y establece.

Podrán asimismo—dice el art. 11—*ejercitarse expresamente las dos acciones por una misma persona ó por varias.*

Pero no podrá ejercitarse la civil sino por el Ministerio fiscal, por daño causado al Estado, ó por los que hubiesen sido dañados ó perjudicados por el delito ó falta, ó por sus representantes ó causa-habientes.

La práctica antigua, en este punto, era tan clara como fácil: su resultado seguro, inmediato, y para el ofendido nada dispendioso.

Dentro del procedimiento, y antes de la terminacion del sumario, manifestaba, si queria ó no renunciar á la indemnizacion civil, siendo este, precisamente, uno de los puntos indispensables de toda sentencia, cuando el hecho criminal resultaba justificado y por él se imponia pena al culpable.

Esta pena, por consiguiente, y aquella indemnizacion, decretadas de oficio y teniendo en cuenta la importancia del daño causado y los perjuicios inferidos, constituian el fallo condenatorio, sin otra intervencion que la ya indicada, por parte del perjudicado, en el proceso.

Hoy, no obstante, y por más que esa misma teoría venga á deducirse de las terminantes palabras del art. 10, en aquello de que *ejercitada solo la accion penal, se entenderá utilizada tambien la civil, á no ser que el dañado la renuncie expresamente*, y sin verdadera razon legal, por consiguiente, se explica y se resuelve—mejor dicho—se hubo de explicar y resolver esta cuestion de otra manera.

En nuestro concepto, el párrafo segundo del art. 11 de la citada ley

de Enjuiciamiento criminal, fué, en su primer estudio, mal interpretado ó no entendido.

El Ministerio fiscal—se dijo por algunos—no es el representante de las partes, que intervienen en un juicio criminal, y solo puede ejercitar la accion civil, en reclamacion de daños y perjuicios, cuando estos se refieran al Estado.

Bajo este punto de vista, su mision, en toda causa criminal, queda limitada á su acusacion, cuando se trata de un delito público, ó de violacion ó rapto, en los casos de la ley, y á pedir contra el procesado convicto la pena en que ha incurrido.

Y es indispensable, por lo tanto, que las partes ofendidas y perjudicadas, que aspiren á la indemnizacion civil, ó sus causa-habientes, la pidan directamente por sí ó por medio de sus representantes, porque sin tal requisito no cabe declaracion judicial, acerca de este extremo.

De tales premisas se quiso deducir—y aquí en nuestra opinion la inexactitud—que hoy las causas criminales presentan dos distintos caractéres; el que se refiere al delito y á sus consecuencias penales, que van directa y exclusivamente á la esfera de la representacion fiscal; y el que concierne á la responsabilidad civil, que, aunque proveniente de aquel, no se debe seguir tambien de oficio, hallándose subordinado á la voluntad particular y á la gestion directa del que se considera con derecho á ser indemnizado.

Lo diremos en más breves palabras; un proceso criminal y un pleito civil por separado.

Se nos figuró siempre, y se nos sigue figurando, que no es eso.

Y no solo se nos figuró y se nos figura, sino que, en amistosa y franca discusion, así lo hemos oido de lábios mismos de uno de los autores de la ley.

Pero es, á la verdad, el caso, que estudiada aquella y leida con atencion, examinada la letra de su art. 1.°, en aquello otro *de que de todo delito ó falta nace accion penal y puede nacer tambien accion civil*, y visto principalmente cuanto determina el 19, respecto del querellante particular y actor civil, á quienes se dá, de igual modo, el derecho á que les sean nombrados de oficio procurador y abogado, para su representacion y defensa, si estuvieren habilitados de pobres, no puede ménos de pensarse que nada tienen de comun ambas defensas y, naturalmente y por lo mismo, que suponen dos ramos ó incidentes separados.

No comprendemos, dentro de esta última disposicion, que es la más precisa y terminante, la existencia de dos procuradores y dos abogados, gestionando, á un tiempo, en un mismo juicio, uno por la vía criminal y otro por la vía civil, con la necesidad de la doble tramitacion que ambas

suponen y en el cual habria de recaer, por último, una sentencia con ese mismo doble carácter, cuando la índole y la sustanciacion de los dos pleitos, el criminal y el civil, son tan diferentes.

Y esto, conociendo de uno y otro un mismo juez; porque todavía pudiera suceder que en el criminal, por razon del fuero, y en el civil, por la del repartimiento, conocieran dos distintos, cuyas consecuencias podrian ser más lamentables; pues por más que en la legislacion francesa encontremos admitida esta doctrina, y sean, en efecto, dos diferentes tribunales, dos diferentes Salas de una Audiencia, por ejemplo, la criminal y la civil, las que conozcan independientemente de un mismo hecho, bajo sus dos diversos caractéres, bastaria para impugnarla, entre muchos más motivos, la posibilidad de que las sentencias, en uno y otro juicio, resultaran en abierta contradiccion, por la diferencia de los datos alegados ó por la manera de apreciarlos.

Y sin embargo, esto, ó lo que más arriba dejamos apuntado, es lo que lógica é ineludiblemente parece desprenderse del literal contexto del citado art. 19, cuyas palabras son tan claras.

Pero si alguna incertidumbre hubiera en ello, todavía el art. 231 la complica más y la acrecienta.

Dice así:

El actor civil tendrá en el sumario solamente la intervencion necesaria, para hacer constar la propiedad de la cosa, que reclamase y los daños ó perjuicios que hubiese sufrido y su importe, y para asegurar la restitucion, la reparacion ó la indemnizacion correspondiente.

Esto supone y significa—y no cabe dudarse—que un sumario puede, efectivamente, ofrecer en sí esos dos distintos caractéres; uno, que pertenece al Ministerio público y al querellante particular, cuando le hay; otro, que se refiere al actor civil, llamado necesariamente al mismo, para hacer constar sus derechos, asegurar la restitucion de la cosa que reclama y la reparacion ó indemnizacion del perjuicio, que ha sufrido.

Luego si el actor civil no va al sumario, por medio de procurador y abogado, que le defiendan, el tribunal que conozca de él, habrá de hacer de tales derechos caso omiso: luego ya no son dos los ramos ó incidentes, que nacen de todo delito, uno criminal y otro civil, sino que ambas acciones han de ventilarse á la vez dentro del sumario.

Basta fijar, ligerísimamente y por un solo momento, la atencion en cuanto acabamos de indicar, para ver y comprender que, si bien nuestras deducciones son esencialmente legales, la aplicacion de semejante doctrina, en el primer concepto, seria siempre ilusoria, mientras que en

el segundo—ilusoria tambien por punto general—solo serviria para llevar una honda y constante perturbacion al mayor número de procesos, donde ambas acciones hubieran de ir mezcladas.

Sin procurador, sin abogado, sin declaracion prévia de pobreza, sin demanda ni contestacion, que esto supone de suyo el ejercicio de toda accion civil, la ley penal, que seria imperfecta en otro caso, no puede limitarse al castigo del culpable, sino que debe extender su eficacia á la restitucion, reparacion ó indemnizacion del agraviado por el crímen, que esto y no otra cosa es precisamente lo que dice el art. 18 del Código y esto lo más natural, lo más sencillo y lo más justo.

¡Bueno fuera, que detenido el ladron, rescatada la cosa robada y conocido su legítimo dueño, el juez se limitara en su sentencia á imponer á aquel la pena de la ley, reteniendo en su poder el objeto del delito, hasta que, por medio de procurador y con abogado, el ofendido se le presentase á reclamarla!

Siendo uno solo el precepto, aplicable para tales casos, no ha de dividirse en sus efectos, por más que produzca, no esencialmente dos acciones, pero sí dos resultados, cuyo orígen es el mismo, dando lugar á representaciones separadas y á defensas diferentes.

No estudiamos hoy ni comentamos la ley de Enjuiciamiento criminal; que á comentarla y estudiarla, muchísimo más pudiéramos decir respecto de los artículos, que, al propósito de la responsabilidad civil, hemos citado.

Concretándonos, por consiguiente, á la misma, no podemos ménos de recordar, que, en todo juicio criminal, el perjudicado por el delito, con intervencion precisa, aunque parcial, en él, ha sido llamado por el juez: en el caso de lesiones, por ejemplo, para ser reconocido por los médicos; en el de hurto ó robo, para que acredite la preexistencia de la cosa robada ó sustraida, y siempre y despues de todo, para manifestar su voluntad de ser ó no parte en el proceso y de renunciar ó no á la indemnizacion correspondiente; intervencion más que bastante, para que, en cumplimiento de la ley, el fallo condenatorio abrazase luego todos los puntos ó extremos, que, así en el concepto penal como en el civil, se derivan del delito.

Esta doctrina, esta doble declaracion de oficio, dados los requisitos, que en el párrafo anterior se dejan indicados, no pudieron ménos de prevalecer últimamente, aun en la misma Audiencia de Madrid, donde, con más grande insistencia, se inició la opinion contraria, que combatió varias veces, en muy eruditos votos reservados, el presidente de Sala de la misma, y nuestro buen amigo, D. Luciano Boada, cuya respetable opinion, en esta parte, fué aceptada al cabo.

Más adelante, el Tribunal Supremo estableció igual jurisprudencia, en varios recursos de casacion, de entre los cuales, como más importantes y porque cumplen más á nuestro objeto, entresacamos los considerandos siguientes:

«Considerando que toda persona responsable criminalmente lo es »tambien civilmente, y habiéndose condenado en la sentencia al importe »prudencial por indemnizacion de daños y perjuicios, sin reclamacion de »la parte ofendida, no obstante de estar dispuesto en el art. 11 de la »ley de Enjuiciamiento criminal, que puedan ejercitarse las dos acciones, »civil y penal, por una misma persona ó por varias y que no podrán usar »de la civil sino el Ministerio fiscal, por daños causados al Estado, ó por »los que hubiesen sido dañados ó perjudicados, no es prohibitivo á los »tribunales la condena de aquella responsabilidad civil, inherente á la »criminal, aunque no se haya reclamado especial y concretamente por el »interesado, y por consiguiente, no es motivo para casacion en esos »casos.»

Este considerando pertenece á la sentencia dictada en 20 de Junio de 1874, en causa contra Pedro Fernandez Bueno por imprudencia temeraria, recurso procedente de la Audiencia de Madrid.

Ya en otra de 20 de Abril del mismo año, causa seguida en el juzgado de Chelva, provincia de Valencia, contra Antonio Guillermo y José Perez Castelló, por asesinato de María Aparicio, condenados á la pena de muerte, la Sala segunda del mismo Tribunal Supremo habia consignado de igual modo que «el asesinato de una madre de familia lleva consigo »la necesaria indemnizacion de perjuicios, en favor de sus hijos, por la »irreparable pérdida que con el delito habian sufrido.»

La responsabilidad civil, por lo demás, no es otra cosa, ni más significa, que la obligacion de responder, en todas sus consecuencias, del perjuicio, que produce un hecho punible; independiente de la obligacion penal, que es la expiacion, por medio del castigo, impuesto en nombre de la sociedad, á los que infringen los preceptos, en que la misma descansa y son su garantía.

Para que la responsabilidad civil exista, por parte ó con cargo á un procesado, es indispensable no solamente la justificacion del daño cau-

sado ó perjuicio inferido, sino la certeza de que tal perjuicio ó tal daño ha prevenido de la ejecucion de un acto prohibido por la ley.

Nada más natural, más preciso ni más justo que eso de la reparacion del agravio, que uno infiere á otro.

Aparte, pues, la accion penal, que segun se acaba de decir, tiene su objeto general ó público, la accion civil puede ofrecer en sí tres aspectos diferentes; esto es, puede nacer de tres actos distintos.

Una es la responsabilidad nacida de un hecho personal: otra la proveniente del que ejecuta una tercera persona, y otra, en fin, la que puede resultar, por razon de cosas animadas ó inanimadas, que nos pertenezcan ó se hallen en nuestro poder ó en nuestra guarda.

Al autor del robo, por ejemplo, toca reparar el perjuicio que, por ese mismo hecho personal, causó al robado: al guardador legal, por el que un loco infirió con sus lesiones á un tercero: al posadero, en defecto de su criado, por el hurto, que verificó éste en su posada: al dueño del perro, por la mordedura, que debió haber evitado y no evitó.

Esta es, en sustancia, toda la doctrina comprendida en los arts. 18, 19, 20 y 21 del Código de 1870, iguales, con muy escasa variacion, á los cuatro, que al mismo asunto consagró el de 1850—15-16-17 y 18—y se registran tambien en su capítulo segundo.

Al tratar de esta materia, no hemos de volver, por innecesario, sobre lo que ya hemos escrito, con relacion al art. 8.°, donde se dice que no delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal cuantos en el mismo se designan y vienen luego á ser objeto de las disposiciones, que se indican en el párrafo anterior.

Si el imbécil, y el loco, y el menor de nueve años, y el mayor de esta edad y menor de quince, que obra sin discernimiento, y el que, para evitar un mal, ejecuta un hecho que produzca daño en propiedad agena, ó procede impulsado por miedo insuperable, no delinquen; si la responsabilidad criminal se deriva, y es consecuencia necesaria de un hecho punible, la lógica de ambas consideraciones viene, por sí sola, á demostrar, que no deben quedar sujetos á la responsabilidad civil, ó que de estarlo, en los términos y en las condiciones que la ley establece, lo mismo deberia entenderse, para con aquellos otros que obran en defensa de su persona, ó derechos, ó de los derechos ó persona de su cónyuge, ascendientes ó descendientes, ó hermanos, ó de un extraño, dentro de las circunstancias, que para tales casos se requieren.

O para los que causan un mal por mero accidente ú obran violentados por una fuerza irresistible, ó en cumplimiento de un deber legítimo, ó en virtud de obediencia debida, ó bien incurren en alguna omision, hallándose impedidos por causa insuperable.

Para estos últimos, sin embargo, la irresponsabilidad es absoluta; ni pueden sufrir pena ni se hallan sujetos á la reparacion del perjuicio.

Para los primeros —que tampoco delinquen—la irresponsabilidad se limita al sufrimiento personal, por el hecho no punible que ejecutan; pero sin que por eso se libren de un verdadero castigo, que todavía, y con preferencia va á recaer sobre tercera persona, sujeta, segun los casos respectivos, á la desmembracion de sus propios bienes, para la reparacion del daño, que el agente principal, sin malicia, sin conciencia y sin voluntad, ha producido.

Esto es ciertamente justo: pero nosotros creemos, que para que la justicia sea igual en todos, es indispensable que haya consecuencia en las ideas, por las cuales se demuestre y segun las cuales se practique.

De la propia manera, que aquel, en cuyo favor se precave un mal, está obligado á la responsabilidad civil, á proporcion del beneficio que recibe, parece que tambien deberia estarlo el extraño, por ejemplo, ó el hermano, en cuya defensa se hubo de ejecutar el hecho perjudicial, que, en otro caso, no hubiera podido ménos de ser calificado de delito.

Verdad es que el que causa un mal por mero accidente no puede incurrir en pena, no pareciendo natural que de él responda civilmente, ¿pero puede entenderse que hay justicia en ello? ¿puede decirse que aquella sea razon suficiente para que pierda su indemnizacion el agraviado?

Así, no obstante, lo dispone el Código, y aun cuando estos casos, por su significacion puramente civil, casi podrian considerarse extraños á la ley penal, escritos los vemos en sus páginas, y de ellos nos es preciso tratar, ajustándonos, para su estudio é interpretacion, á cuanto en la misma se dispone.

Segun los Códigos de 1848 y 1850, del mal causado por un loco ó demente respondia, en primer término, su guardador legal y, en segundo, el mismo loco con sus bienes, si los tuviere, salvo el beneficio de competencia, que las leyes civiles establecen: del que causaba un menor de nueve años, ó mayor de quince, sin discernimiento, respondian primero sus bienes, y despues, los de sus padres ó tutores, á no probar que no habia habido, por su parte, culpa ó negligencia.

El de 1870 los ha colocado en situacion idéntica, haciendo responsables á sus guardadores legales, con la excepcion indicada, y, en su defecto, á los mismos incapacitados, en sus bienes propios, si los tuvieren, y con el beneficio de competencia, de que se acaba de hacer mérito.

No hay, en verdad, razon de justicia, que venga á apoyar aquella diferencia, ni es tan clara la que en su favor nos ofrece uno de nuestros

comentaristas, de que es necesaria ménos precaucion en la guarda de un menor que en la de un loco.

Mayor ó menor, si la omision en el cumplimiento del deber da igual resultado, igual debe ser la responsabilidad, que alcance al negligente, como, en cualquiera de ambos casos, debe eximir de ella la prueba de no haber habido, por parte del padre, tutor ó guardador, descuido alguno.

En esta parte, y por lo que hace á los hijos, aún habremos de hacer observaciones importantes.

La ley francesa exige dos circunstancias, para que pueda tener efecto la responsabilidad civil subsidiaria, respecto del padre, ó de la madre, en su defecto, por el delito del hijo, á saber: la de que éste viva con ellos, y la de que sea menor de edad.

Nuestros Códigos se han atenido únicamente á esta última, fijándola en los quince años, si el menor no ha obrado con discernimiento, sin tener para nada en cuenta la primera, que es, á la verdad, muy importante.

¿Qué medios de vigilancia puede adoptar un padre, con relacion al hijo, que no vive en su compañía, y cómo se le ha de hacer responsable del mal ó daño, que no ha estado en su mano evitar ó precaver?

Esta pregunta trae consigo una distincion indispensable.

O el hijo, en la edad de no poder dirigir por sí sus propias acciones, vaga fuera del hogar paterno, por vituperable y reprensible abandono de los que, en primer término, se hallan obligados á velar constantemente por él —lo cual es, por desgracia, muy frecuente —y en este caso no hay sino admitir la justicia de la reparacion civil, por el delito que ejecuta: ó á pesar de las precauciones y de los cuidados del padre, se ha fugado de su casa, cometiendo, en tal situacion, el hecho punible, y entonces le es aplicable de lleno la excepcion de la ley, puesto que no ha tenido culpa ni en ello ha sido negligente.

Convenidos en esto, nos encontramos con otra duda, que si bien puede resolverse por disposiciones análogas, no está decidida, en concreto, dentro de las que tratan de este asunto.

¿La responsabilidad civil subsidiaria, para con los padres, les alcanza de igual modo por los legítimos, que por los naturales reconocidos ó adoptivos?

En primer lugar, y como doctrina comun, con relacion á esta materia, dejaremos consignado que el principio general, que sirve de fundamento á la misma, no ha de ser tan absoluto, que no se pueda entender modificado, en ocasiones dadas, por las reglas de equidad y por las circunstancias de cada caso en sí; toda vez que la vigilancia, á que se hallan obligados, tanto los padres sobre sus hijos, como los guardadores legales

sobre los imbéciles ó locos, no ha de exceder ó traspasar los límites de la prudencia humana, ni ha de extenderse á los acontecimientos de difícil ó imposible prevision; y en segundo, que en cuantas ocasiones trata la ley de los ascendientes, descendientes ó hermanos, habla tambien de los afines, en los mismos grados, debiendo entenderse lo propio, á los efectos de la responsabilidad civil subsidiaria, de los padres, así por lo que hace á sus hijos legítimos, como á los naturales reconocidos y adoptivos.

Tambien se ha discutido en Francia, donde la responsabilidad paterna no se borra hasta que el hijo entra en la mayor edad, sobre si ha de hacerse extensiva á los casos, en que el delincuente se encuentra emancipado; y aun cuando esta, agena á nuestras leyes, no sea cuestion nuestra, no estará de más decir, por lo que pudiera importar alguna vez, que borrando la emancipacion y destruyendo el poder paternal, borra naturalmente y destruye los medios de accion, para estorbar ó impedir un hecho punible, por cuya razon la responsabilidad desaparece.

Pueden darse, además, otras circunstancias, dentro de las cuales un hijo, bajo la pátria potestad, menor de quince años y que viva en el hogar paterno, cometa un delito, sin que el padre deba responder civilmente del perjuicio irrogado por el mismo.

Cuando se halla dedicado á un oficio—por ejemplo—y trabaja en un obrador ó taller las horas de costumbre, y va á su casa, para comer y para dormir, en tanto será responsable el padre ó el maestro, en cuanto la vigilancia deba corresponder á éste ó al otro.

De los malos hechos, que ejecuta un hijo, en actos del servicio público, como funcionario, ó en servicio particular, como dependiente, tampoco deben responder los padres; puesto que no está en su mano el evitarlos, ni de ellos tienen culpa.

Todavía y para concluir, acerca de este punto, citaremos otro caso posible, que tomamos de un libro francés, no precisamente por la duda que pueda ofrecer la responsabilidad civil subsidiaria, sino para hacernos cargo de una antigua disposicion de aquel país, que no deja de tener cierta importancia, y es conveniente conocer.

La responsabilidad paternal cesa desde el momento, en que un padre pone á su hijo en un colejio, subrogándose naturalmente y sustituyéndose en el director del mismo.

Este sólo es el encargado de su vigilancia, y él sólo, por lo tanto, el responsable, si, traspasando el discípulo los límites del deber, comete un hecho justiciable.

Por decreto imperial de 15 de Noviembre de 1811 se dispuso, sin embargo, que en las ocasiones de delitos cometidos, en comun, por los

alumnos de un establecimiento de educacion ó de enseñanza, fuera de él y cuando salen juntos á paseo, si bien el jefe del mismo estaba legalmente obligado á responder por ellos, quedábale á salvo su derecho, para repetir contra los padres ó tutores, siempre que pudiera justificar que no habia estado en su mano impedirlo ó evitarlo.

Este decreto produjo, en su tiempo, una acalorada discusion entre muy distinguidos jurisconsultos franceses, sosteniendo—entre otros—Mr. Toullier, que era opuesto á los principios generales del Derecho, y que los tribunales no debian admitir los recursos entablados por los directores de colejios, contra los padres de sus alumnos, y pretendiendo, por el contrario, Mr. Duranton la conveniencia y legalidad del mismo, fundándose en que los directores recibian de los padres un mandato, mediante cierto precio, y que, por lo mismo, estos últimos estaban obligados á la indemnizacion, por los perjuicios, que de la gestion ó cumplimiento de aquel pudieran resultarles.

Segun nuestras averiguaciones, la expresada disposicion, derogatoria del derecho comun, y que no podia extenderse más allá de sus propios términos, habia caido en desuso.

En cuanto á la obligacion, que nace para con aquella ó aquellas personas, en cuyo favor se precave un mal, por medio de otro mal, el artículo 19 del Código de 1870, en su regla 2.ª, deja al prudente arbitrio de los tribunales la cuota proporcional, con que cada uno debe responder: determinando, además, que *cuando no sean equitativamente asignables, ó la responsabilidad se extienda al Estado ó á la mayor parte de una poblacion, y, en todo caso, siempre que el daño se hubiese causado con asentimiento de la autoridad ó de sus agentes, se hará la indemnizacion en la forma, que establezcan las leyes ó reglamentos especiales.*

Con intervencion de la autoridad, en lugar del *asentimiento de la autoridad*, decia el Código de 1850, lo cual no es verdaderamente sustancial, á los efectos del precepto.

La aplicacion del mismo, en las diferentes fases, con que á los tribunales puede ofrecerse, no es difícil.

El mal ejecutado en propiedad agena, á fin de evitar otro mayor,

puede resultar en provecho de una ó más personas, de una colectividad, de una poblacion entera, con asentimiento de la autoridad, ó sin que ésta tenga conocimiento del suceso.

No es posible, por lo tanto, establecer reglas fijas para cada caso concreto; pero toda cuestion de este género debe resolverse, teniendó en cuenta las especiales circunstancias del hecho, orígen del daño producido, la entidad de éste y las personas, que de él han recibido beneficio.

Una, sin embargo, habrá de ser la resolucion del tribunal, cuando el mal se refiera á personas determinadas, con representacion propia; otra, cuando afecte á una colectividad ó número indeterminado de individuos, de los cuales ninguno puede significar por sí solo la idea de la indemnizacion parcial, mientras que unidos, á los efectos de la misma, forman un cuerpo comun y lo son todo.

Males públicos podríamos llamar, sin violencia, á estos últimos, y *males privados y particulares* á los otros.

La diferencia se hace de esta manera más patente.

Respecto de los *males particulares ó privados*, pueden y deben conocer los tribunales, conforme á las reglas del derecho comun, teniendo en cuenta y apreciando la cuantía de los mismos, su orígen y sus circunstancias, para resolver, acerca de la responsabilidad subsidiaria, en los términos que el Código previene.

Por lo que hace á los *males públicos*, cuando la autoridad ó sus agentes prestan su asentimiento, ó intervienen en su ejecucion, el hecho, ó los hechos, de donde los mismos provienen, y la indemnizacion, en sus casos respectivos, se apartan por completo de la esfera judicial, entrando de lleno en la administrativa, segun las leyes ó reglamentos especiales determinen.

Pondremos dos ejemplos, no sin advertir primero, como de no escasa importancia, para la doctrina que estudiamos, que el art. 8.° del Código, en su núm. 7.°, al hablar de la propiedad agena, en la cual se produce daño, para evitar otro mayor, no pone limitacion alguna á la frase, pudiendo y debiendo entenderse, de igual modo, la que á las cosas inmuebles como á las muebles ó semovimientes se refiere.

Veamos, pues.

Los caballos de un coche-diligencia, ocupado en todos sus asientos por personas diferentes, se desbocan en un camino peligroso, sin culpa de aquel que los dirige, y van derecha é irremisiblemente á un precipicio.

Dos peones camineros, que lo observan, y acuden presurosos en auxilio del mayoral, que en vano se esfuerza para contenerlos, calan bayo-

neta en sus carabinas ó fusiles, acometen, hieren y matan á los dos que van enganchados en la lanza, con que el carruaje se detiene, y las víctimas se salvan.

Si el dueño de los caballos entabla, no la accion penal, por daño, contra ambos camineros, que no podria prosperar, puesto que por la ley estarian exentos de ella, pero sí la civil, ¿quiénes sino los pasajeros, librados de una muerte segura, por medio de un mal menor, causado en propiedad agena, habrian de ser los obligados?

Hé aquí un hecho particular, del que en su propio terreno, y con arreglo á las disposiciones del Código, deberia conocer el tribunal ordinario, por sus trámites comunes, señalando, segun su prudente arbitrio, la cuota proporcional, con que habria de responder cada viajero.

Un rio comienza á elevarse sobre su nivel, de una manera alarmante: una poblacion entera, situada á la márgen del mismo, se encuentra en inminente riesgo de ser toda inundada ó sumergida, y es indispensable buscar y poner pronto remedio, reforzando convenientemente un ancho dique, que la resguarda de las aguas, y que está próximo á romperse.

Si esto llega á suceder, la poblacion queda destruida.

En tan aflictiva situacion, todos los vecinos de la misma, hombres y mujeres, mozos y ancianos, corren, segun sus fuerzas, á un monte inmediato, y, con asentimiento de la autoridad, ayudándose los unos á los otros, cortan pinos, talan encinas y producen en él un daño grande.

Con aquella madera, sin embargo, con aquellos troncos, con aquel ramaje, las compuertas del dique, y los muros que lo constituyen, son oportunamente reforzados, y el mal mayor, no por medio de otro igual, sino por otro más leve, queda conjurado.

Hé aquí un hecho de índole general, una calamidad pública, cuya resolucion no está dentro del Código, ni puede ventilarse en un juicio comun por los tribunales de justicia, sino que incumbe á la autoridad suprema, con arreglo á las disposiciones relativas, que en casos de esa naturaleza, ú otra análoga, tienen especial aplicacion.

Viniendo ahora al núm. 10 del citado art. 8.°, poco hemos de decir acerca de él, puesto que sus términos son tan claros, que por sí mismos se explican.

Si bien es verdad que el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual, ó mayor, como el que lo hace violentado por una fuerza irresistible, está exento de responsabilidad, hay la notabilísima diferencia de que este último no queda obligado á la civil, mientras que el primero lo está subsidiariamente, si aquel ó aquellos que, intimidándolo, lo compelieron á delinquir, son ignorados ó no han sido descubiertos.

El art. 19 del Código de 1870, en su regla tercera, dice de este modo:

En el caso del núm. 10 *responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo, y subsidiariamente, y en defecto de ellos, los que hubiesen ejecutado el hecho, salvo respecto de estos últimos, el beneficio de competencia.*

Esta frase final «salvo respecto de estos últimos el beneficio de competencia» que no existía en los Códigos de 1848 y 1850, y que echó de ménos el Sr. Pacheco, y aun la propuso, en su comentario al referido artículo, ha venido ciertamente á llenar un vacío de no escasa importancia en la ley; pues así como respecto del demente no se ha creido que la responsabilidad civil deba ir, para con él, más allá de lo prudente y racional, reservándole la parte de sus bienes, que se consideren indispensables para atender á su subsistencia, segun su clase; de la propia manera, al que no obra en su acuerdo, porque desde el momento, en que se sobrecoge y cede ante un temor grave y real, el albedrío pierde su accion, la inteligencia se perturba y la razon se ofusca, se debe considerar en igual caso.

No es lo mismo, á pesar de esto, obrar por miedo insuperable, que por una fuerza irresistible, y en esta parte, una vez aceptadas las distinciones del Código, el legislador ha resuelto con perfecto acierto la exencion íntegra de éste, y la responsabilidad subsidiaria de aquel, teniendo en cuenta que la diferencia entre los dos es muy notable.

La fuerza irresistible, como la misma frase lo revela, apaga en el hombre toda idea de voluntad propia, todo conato de oposicion y resistencia, y lo deja reducido á la más completa impotencia, para sobreponerse al proyecto, á que irresistiblemente se le obliga.

El miedo, siquiera sea insuperable, no tiene tanto alcance: en unos más y en otros ménos, es siempre relativo.

Contra él puede, no obstante, luchar la voluntad; puede levantarse la conciencia, pueden aunarse sentimientos de otro género, que lo contrarresten; y si en último resultado no se sabe, ó no se consigue vencer y la cohibicion, que nace de él, lleva al agente al hecho punible, que de otro modo no se hubiera ejecutado, no deja de ser una debilidad ó flaqueza del espíritu, y supone, siquiera sea en un átomo, voluntad propia en el mismo, y lleva en sí la responsabilidad subsidiaria determinada por la ley.

Esto no puede ser más justo, como ha sido justísimo tambien *el beneficio de competencia*, que en el Código nuevo le ha sido declarado y consignado.

Por lo demás, no hay para qué decir, que aquel que por medio de la intimidacion ó del terror obliga ó compele á otro á la ejecucion de un crímen, se coloca, por este nuevo hecho, en la esfera de los autores, y que como tal, siempre en primer término y dentro de las condiciones de su doble responsabilidad—criminal y civil—debe ser penado.

Son tambien responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente—dice el art. 20 del Código de 1870—*los posaderos, taberneros y cualesquiera personas ó empresas, por los delitos, que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte ó la de sus dependientes, haya intervenido infraccion de los reglamentos generales ó especiales de policía.*

Son además responsables subsidiariamente los posaderos de la restitucion de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas, ó de su indemnizacion, siempre que éstos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero, ó al que lo sustituya en el cargo, del depósito de aquellos efectos en la hospedería y además hubiesen observado las prevenciones que los dichos posaderos, ó sus sustitutos, les hubiesen hecho, sobre cuidado y vigilancia de los efectos.

No tendrá lugar la responsabilidad, en caso de robo con violencia ó intimidacion en las personas, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero.

La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo

anterior—añade el 21—*será tambien extensiva á los amos, maestros, personas y empresas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos ó faltas, en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes, en el desempeño de sus obligaciones ó servicio.*

Aparte el estilo, que no cumple á nuestro objeto examinar, importantes modificaciones, respecto de los arts. 17 y 18 de los Códigos de 1848 y 1850, han introducido esos otros, que acaban de copiarse, no solamente por la forma de la redaccion, sino tambien por haber dado mayor extension á la responsabilidad civil, objeto de los mismos.

Las empresas para industrias de cualquier género, así como los taberneros, posaderos, amos, maestros y toda otra persona, de igual ó análogo carácter—salvos los casos de robo con violencia ó intimidacion —están obligados á responder civilmente por los delitos ó faltas, que se cometan dentro de los establecimientos de su cargo, segun y como en las dos disposiciones expresadas aparece consignado.

La necesidad de esta ampliacion general de la ley, de suyo natural y justa, se hizo sentir más en España, y ha nacido, como medida de mayor seguridad, con motivo de los muy frecuentes abusos, que en las líneas férreas se han venido, y por desgracia, si siguen cometiendo, respecto de las mercancías y equipajes, que á sus empresas se confian.

Eco constante la prensa periódica de las quejas de consignatarios y viajeros, que en muchas ocasiones encontraban en sus equipajes fracturas mal disimuladas, ó echaban de ménos objetos de valor, que llevaban en los mismos, ó hallaban, al reconocerlas, sus mercancías disminuidas ó mermadas, y repetidos tales acontecimientos uno, y otro, y otro dia, dando ocasion á contínuas y graves cuestiones entre empresas y perjudicados, que no siempre se resolvian en el terreno de la más extricta justicia, hízose de urgente conveniencia una resolucion general, que conjurase, en lo posible, tan inmorales defraudaciones, y el legislador de 1870, con sábia oportunidad, amplió los arts. 20 y 21 del Código en los términos que quedan referidos.

No se ha logrado, sin embargo, atajar de todo punto el mal, siendo en alto grado sensible y lamentable que esa falta de probidad en algunos dependientes, poco ó mal vigilados por las empresas, venga de tal manera á redundar en desprestigio de éstas, como de aquellos de sus compañeros, que siendo honrados, no pueden ménos de aparecer confundidos; contribuyendo todos, cada uno por su parte, á la gran desconfianza con que el público, por falta de otros medios, se acoje á sus trasportes.

A tal extremo llegaron, por desgracia, estos abusos, que no hace

mucho tiempo, en el trayecto, que media desde Toledo á Madrid, viniendo á esta capital el que era á la sazon gobernador civil de aquella, le desaparecieron de su maleta, sin haberse observado en ella señal alguna de violencia, valores de importancia, con que se suscitó una fuertísima polémica; habiéndose creido la empresa en la necesidad de recordar al público, por medio de los periódicos, el art. 3.° del Reglamento, para la ejecucion de la ley de 14 de Noviembre de 1855, sobre policía de las vías férreas.

Es de tal trascendencia este asunto y tan á propósito la ocasion, para decir algo acerca de él, que no hemos de perderla.

El viajero que lleve en su equipaje joyas—dice el expresado art. 3.°—*pedrería, billetes de banco, dinero, acciones de sociedades industriales, títulos de la Deuda pública ú otros objetos de valor, deberá hacerlo constar, exhibiéndolos antes de verificarse el registro, manifestando la suma total, que estos efectos representen, ya sea segun su valor en venta, ya por el precio en que los estime.*

La falta de este requisito relevará de responsabilidad á la empresa, en caso de sustraccion ó extravío.

Esta disposicion puede estar en perfecta consonancia con la cláusula contenida en el art. 20 del Código, en cuanto por él son responsables las empresas, siempre que, por su parte ó la de sus dependientes, haya intervenido infraccion de reglamentos generales ó especiales; pero no lo está con la letra expresa y terminante del art. 21, que hace extensiva á toda empresa, en absoluto, la responsabilidad subsidiaria, por los delitos ó faltas, en que hubieren incurrido sus criados ó dependientes, en el desempeño de sus obligaciones.

Se verifica una sustraccion—pongamos por caso—más ó ménos importante, de efectos ó valores dentro de ese espacio de tiempo, que media, desde que una empresa se hace cargo de un equipaje, en el salon destinado á recibirlo, entregando al remitente el oportuno talon, segun dispone el art. 10 del antes citado Reglamento, hasta el momento de su devolucion, y nadie podrá poner en duda que, una vez averiguado el delito, si el autor ó autores no parecen, ó si pareciendo, resultan insolventes, habrá de responder de la indemnizacion y del perjuicio, que al dueño de los valores ó efectos se le irrogue.

Toda entrega que se verifique, en el local designado, á los encargados de la empresa, para recibir efectos, que deben trasportarse—dice el art. 108—*se tendrá por bien hecha y legalmente realizada.*

Luego si la entrega es de suyo legal, una vez verificada en los términos, que el Reglamento determina; luego si, dada esa legalidad innegable, la empresa se constituye—legalmente tambien y á los efectos civiles—en el lugar del dependiente, que delinque, y es insolvente ó no parece, la aplicacion, para con ella, del art. 21 del Código es de todo punto ineludible.

Lo que hay en esto, sin embargo, y lo que los tribunales no podrán jamás perder de vista es, que para esa aplicacion deben ajustarse á los demás principios generales del Derecho, entre ellos y más principalmente, al que determina, en casos tales, la necesidad prévia de acreditar, en debida forma, la preexistencia de todo objeto, que se dice sustraido.

Este, cabalmente y en sustancia, es el pensamiento del art. 3.° del Reglamento, de que se viene haciendo mérito.

Porque claro es que, haciendo constar, por medio de exhibicion, la existencia de los objetos, que han de trasportarse, antes de practicar el registro reglamentario, llegado el caso del extravío, aquella queda justificada por sí misma.

Pero las disposiciones del Código de 1870, muy posteriores á la ley de 14 de Noviembre de 1855 y al Reglamento, para su ejecucion de 8 de Julio de 1859, que mal pueden decirse comprendidos en el art. 7.° de aquel, en lo que se apartan de sus sanciones especiales, no tienen limitacion alguna, en esta parte, sucediendo, por ejemplo, que los hurtos como hurtos y con arreglo al mismo, se castigan.

Nosotros creemos, por lo tanto, que bien está y es de desear y de aplaudir que todo viajero, que lleve en su equipaje objetos de valor, lo haga constar expresamente, en cuyo caso no se podrá dar ocasion á ncertidumbre alguna; pero que, si habiéndolo registrado en la forma reglamentaria prevenida, sin este último requisito; si dada la entrega del mismo por bien hecha y legalmente realizada, ocurre que, durante el tiempo del trasporte, se comete alguna sustraccion en él y el perjudicado la acredita de una manera bastante en derecho, para hacerla constar con relacion á su existencia en el mismo y desaparicion de los objetos, la empresa está civilmente obligada á la restitucion ó reparacion é indemnizacion de perjuicios.

Al hablar de la responsabilidad civil subsidiaria, no hay para qué explicar los límites de la misma y hasta dónde llega ó alcanza su eficacia.

Como punto de jurisprudencia, en todos los países aceptado y como un principio fundamental de la ciencia del Derecho, las leyes no han consentido jamás, ni pueden consentir, que una tercera persona sufra pena corporal por el delito ó falta, que otra ha cometido.

Las penas son exclusivamente personales.

La base de la responsabilidad, que puede hacerse extensiva á una empresa, con motivo del delito cometido por sus dependientes; á un maestro, á un amo, por la falta de su discípulo ó criado, es de naturaleza puramente civil y su aplicacion, por lo tanto, es siempre pecuniaria.

No ha de sufrir, por ejemplo, el fondista los años de presidio, á que fué sentenciado uno de sus camareros, por la sustraccion de efectos á uno de sus huéspedes; pero sí estará obligado á la indemnizacion, si no justifica, en debida forma, su inculpabilidad dentro de la ley.

Al establecer esta doctrina y al dejar consignado que la responsabilidad civil de un tercero, por delito ó falta de otro, es de carácter pecuniario, nos es indispensable una aclaracion importantísima.

De carácter pecuniario es la multa, que se impone, en el concepto de pena, y las penas, segun acaba de decirse, no son trasmisibles á otro, como consecuencia de responsabilidad subsidiaria.

Ni el empresario, por su dependiente, ni el mesonero, por su criado, ni el maestro, por su discípulo ó aprendiz, están obligados al pago de las cantidades, que á estos puedan imponer los tribunales, bajo el concepto de castigo, por falta ó delito, que hayan cometido.

Ni el padre ni la madre pueden, en esta parte, ser compelidos judicialmente al abono de multas, por abusos ó infracciones de sus hijos.

Hay, sin embargo, en nuestra legislacion penal, sobre delitos de contrabando, casos especiales de excepcion, que no se han de perder de vista; toda vez que, segun ellos, no solamente los padres, por sus hijos, sino los maridos, por sus mujeres, deben responder de las multas, que á estas ó aquellos se impongan, como pena, por sus defraudaciones á la Hacienda.

Consignada se halla esta doctrina, de una manera expresa y terminante, en los artículos 34 y 35 del Real decreto de 20 de Junio de 1852, cuya aplicacion se confió á los tribunales de justicia por el 474 de las Ordenanzas generales de Aduanas, aprobadas por Real orden de 10 de Setiembre de 1857 y en la actualidad no derogadas.

De las penas pecuniarias que se impusieren á los hijos, que no tengan peculio propio—dice el 34—*responderán sus padres, si estuvie-*

ren bajo la patria potestad, cuando no probaren que no han podido evitarlo.

Los maridos responderán—dice el 35—*de las penas pecuniarias, en que por contrabando ó defraudacion incurran sus mujeres, si estas no tuviesen bienes propios, con que satisfacerlas y si no probaren que no han podido evitarlo.*

La ley francesa de Aduanas de 21 de Abril de 1818, con sus diferentes aclaraciones de 1842, no llevó tan lejos esta responsabilidad especial; limitándola á los padres, respecto de sus hijos, que con ellos viviesen y se hallasen bajo la patria potestad.

Dicho esto, volvamos á la doctrina general.

La responsabilidad civil subsidiaria lleva en sí, para con la tercera persona, á quien alcanza, toda la condenacion pecuniaria, á que habria de estar sujeto el autor directo del delito, si hubiese tenido bienes suficientes, para extinguirla por sí mismo.

Pero respecto de este extremo nos parece conveniente advertir, que tal condenacion no podrá hacerse, sin que el subsidiariamente responsable sea llamado al juicio, para oirle y admitir ó desechar los descargos, que alegue; así como tambien, que, en el caso de serle aquella impuesta, debe quedarle á salvo su derecho, para repetir despues y cuando pueda convenirle, contra el autor personal del hecho, por las cantidades que, en la insolvencia de éste, paga ó anticipa.

Este principio de extricta justicia no se halla expresamente consignado en nuestras leyes—acaso por analogía pueda deducirse de los artículos 531 y 534 de la de Enjuiciamiento criminal de 22 de Diciembre de 1872—pero dado el caso de su aplicacion, no habrá tribunal que lo rechace.

Por lo demás, la responsabilidad de los posaderos, al tenor del artículo 20 del Código, depende de la observancia y cumplimiento, por parte de los mismos y de sus huéspedes, de los reglamentos generales ó especiales de policía, á que unos y otros deben sujetarse.

Dentro de ellos, es indudable que existe entre ambas partes un convenio tácito: los posaderos, que se obligan á responder de la seguridad de los objetos, que sus huéspedes llevan á su alojamiento, y éstos, que los fian á la guarda, honradez y conciencia de aquellos, mediante el precio del hospedaje, en que convienen.

El Código de Napoleon disponia, á este mismo propósito, en su artículo 1952, que los posaderos, mesoneros ó fondistas fuesen responsables, como depositarios, de los efectos, que los viajeros llevasen á sus establecimientos; *depósito necesario*, sujeto á todas sus condiciones especiales.

Esta disposicion tropezó, empero, en la práctica con bastantes dificultades, pues hubo de pretenderse y aun se llegó á resolver judicialmente, con arreglo á ella, que los posaderos quedaban obligados á responder de todo cuanto pudiera contener una galera, por ejemplo, un carromato, que entrase en su posada, fuesen frutos, efectos ó dinero; así como de las mercancías, que se dejasen en los patios, corredores ó tránsitos públicos de la misma y no encerrados, á no ser en caso de robo á mano armada, incendio ú otra fuerza mayor, y sin culpa alguna por su parte.

No es justo, á la verdad, y en medio de todo, que el posadero ó el fondista, que se ajusta á las disposiciones de los reglamentos, responda subsidiariamente de las sustracciones cometidas en su establecimiento, cuando ellas hayan podido nacer de la negligencia ó descuido de sus huéspedes.

Está prevenido, por ejemplo, que cuando uno de estos salga de su habitacion, cierre la puerta con llave y la deje en el lugar al efecto destinado.

Si, pues, cuando sale, la deja abierta, ó cerrándola, pone la llave en sitio diferente, al paso y á la vista de cuantos van y vienen, la responsabilidad del posadero, que aquello primero hubo de advertirle, queda desde luego á salvo.

Debe, no obstante, consignarse el caso de que, habiéndose instalado el huésped en una de las habitaciones de la fonda ó posada, encerrado y guardado en ella su equipaje y llevándose, cuando sale, la llave en el bolsillo; si, á su vuelta, se encuentra con que la cerradura ha sido violentada, abierta la puerta con ganzúa ú otra llave análoga, fracturada su maleta y sustraidos los objetos contenidos en la misma, no habrá más sino que el posadero ó el fondista —aparte, y en su caso la responsabilidad directa, como autor del hurto ó robo—no podrá ménos de responder de la restitucion é indemnizacion, en defecto de los mozos ó criados, en quienes recaigan las sospechas, y contra los cuales se dirija el procedimiento, si probado aquel, y probada tambien su delincuencia, resultan insolventes.

Ya hemos indicado antes, y, á este mismo propósito, conviene ahora repetir y consignar que, segun los artículos 531 y 534 de la ley de Enjuiciamiento criminal, toda persona considerada en un proceso civilmente responsable, puede alegar sus razones contrarias por escrito, dentro del sumario, y proponer las pruebas, que estime convenientes, debiendo, en este caso, formarse, para su resolucion, pieza separada.

Antes de dar punto á esta materia de la responsabilidad civil subsidiaria, sobre la cual nos hemos extendido cuanto han podido permitirnos la índole y las condiciones de esta obra, hemos de traer á sus páginas otra cuestion, de altísimo interés social, iniciada en algunos proyectos legislativos anteriores, discutida por jurisconsultos competentes, aplazada siempre, y que, sin embargo, bien merecia la pena de que algo más se hubiese dicho, escrito y resuelto acerca de ella.

No hay para qué manisfestar aquí cómo la Administracion pública, siendo un ente moral, representado por los funcionarios públicos, que desempeñan sus cargos respectivos, se halla, en muchas ocasiones, obligada á responder de los perjuicios inferidos á los derechos y á los intereses de un tercero.

El Estado no puede ménos de ser considerado responsable de los daños, que, por su causa, se irrogan á los particulares, y con frecuencia sucede, y muchas veces hemos visto indemnizaciones decretadas en favor de los mismos, con cargo á la Hacienda pública, en consecuencia de abusos cometidos en el cobro de contribuciones, por ejemplo, ó en las tarifas ó aranceles de Aduanas.

Estas, y las demás análogas, son cuestiones puramente administrativas, que sometidas antes, en este concepto especial, á los tribunales ordinarios y á los consejos ó comisiones de las diputaciones provinciales despues, y al de Estado, se apartan, en su sustanciacion, de los trámites comunes, pareciéndonos, por consiguiente, agenas de este libro.

Refiérese, pues, nuestra anterior indicacion á los casos, en que el autor directo de un crímen sea insolvente en absoluto; en que no haya tercera persona subsidiariamente responsable del daño causado y perjuicio inferido por el mismo —que es lo más frecuente— y en que el ofendido y lastimado queda en una situacion precaria y lamentable, ó en que, sin serlo tanto, tiene un derecho perfecto é indisputable á ser indemnizado.

Todos los indivíduos, que forman la colectividad de un pueblo culto, sobordinados, en comun y en particular, al Gobierno superior que rige en él, están bajo su amparo y proteccion.

Así como ellos, cada cual en su esfera, contribuyen á levantar y sostener las cargas públicas, y por medio de esta relacion de íntima correspondencia, que existe entre el que manda y obedece, se mantiene el equilibrio social, base del órden y de la justicia, entre los unos y los otros; de la misma manera el Estado, por su parte, se halla obligado á velar constante é incansablemente, para que ni el órden se turbe ni la justicia se quebrante, manteniendo, respecto de cada cual, las garantías que las leyes le conceden.

Una de las instituciones, que más conducen á este fin, es la policía.

Pero si la policía depende directamente del Gobierno, su sostenimiento depende directamente tambien de los gobernados, que, respondiendo al pago de los tributos, que aquel les impone y les exige, no pueden ménos de esperar de ella la más completa seguridad de sus personas y sus bienes.

Es indudable, sin embargo, que; por grande que sea el celo de los funcionarios, que en sus diversas categorías pertenecen á la misma, por bien reglamentados que estén, por más esmero, cuidado y atencion que pongan en la persecucion de criminales, y en evitar las ocasiones en que estos puedan ejercitar sus malas artes, tales ocasiones se repiten con sobrada frecuencia, por desgracia; siquiera sea de presumir, que, sin su proteccion y vigilancia, todavía fueran muchas más de las que son.

El homicidio, por ejemplo, es uno de los crímenes más graves.

La policía, los agentes de seguridad pública están obligados á evitar todo hecho de esa naturaleza, y en momentos dados los evitan; pero alguna vez, ó algunas veces, se descuidan ó no llegan á tiempo, y el homicidio se comete.

El muerto es un artesano, padre de familia, que vivia de su trabajo ó su jornal: su viuda y sus hijos menores quedan desamparados, y, por consiguiente, en la miseria: el tribunal condena al delincuente á la pena de la ley y á la reparacion de perjuicios á los causa-habientes del difunto; pero esta declaracion es, por todo extremo, ilusoria, porque el matador es insolvente.

Dado este caso, ú otro semejante, ¿puede sostenerse, con visos de justicia, que el Estado no contrae, por su parte, la obligacion moral de reparar la desgracia de esas victimas inocentes de un delito, que sus agentes debieron impedir, y en el que aquellas ninguna intervencion tuvieron?

¡Pues qué! ¿No contribuia el padre de esos hijos huérfanos, el marido de esa mujer desamparada, con un tanto de su salario, de su jornal ó del producto de su industria, para ayudar á mantener las atenciones públicas, entre ellas la de los funcionarios de la policía, que debieron haberle protegido contra su agresor? ¿No van sus hijos al ejército, para contribuir á sostener el órden y la paz? ¿No estuvo sujeto en vida á las demás cargas, en beneficio del Estado?

Nada, por consiguiente, más natural, nada más equitativo—cuando el culpable directo es insolvente, cuando no hay tercera persona subsidiariamente responsable—nada más dentro de la verdadera justicia, que ese mismo Estado, por un principio ineludible de moral, por una razon de compensacion recíproca, imposible de desconocer, quede obligado al pago de la indemnizacion, que, en sus casos respectivos, los tribunales establezcan.

Esta declaracion terminante, este precepto concreto, nos hubo de parecer, en su tiempo, que faltaba en el Código de 1850, el cual se limitó al ofrecimiento de una ley especial, segun su art. 123, y esto mismo hemos echado luego de ménos en el de 1870, que hasta del ofrecimiento ha prescindido, como, en su lugar, diremos; por más que hubiéramos comprendido entonces, y sigamos comprendiendo ahora, las muchas y diversas dificultades, que, para ello, han debido ofrecerse y presentarse.

Punto es este, por lo mismo, de grandísima importancia, que requiere un detenido estudio y no escasa meditacion, por los abusos, á que, en diferentes conceptos, pudiera dar lugar; pero que supone, en nuestra legislacion, un lamentable vacío, del que no es posible prescindir, y á cuyo remedio debe consagrarse una atencion muy preferente.

Medios, no difíciles, pueden discurrirse ó encontrarse, para evitar las confabulaciones, entre los criminales y los lastimados por el crímen, en perjuicio del Erario, y con ellos y con reglas adecuadas, para la mejor y más sencilla organizacion de este servicio—dada la posibilidad de un presupuesto suficiente—podria obtenerse una solucion satisfactoria á este problema de la ciencia jurídica, que ha estado seguramente en la conciencia de todos nuestros legisladores, pero del cual, todos, por una ú otra razon, han prescindido.

Desde luego comprendemos que ni las circunstancias de ántes se han prestado, ni las actuales son las más á propósito, para llevar á efecto la realizacion del pensamiento; pero reconózcase al ménos; consígnese el derecho, y conste, ya que no otra cosa, por ahora, y siquiera sea aplazándolo, como prescripcion indispensable, toda vez que, dentro de una legislacion, que haya de llenar sus necesarias condiciones de verdadera moralidad, de rectitud y de justicia, semejante omision, no tiene disculpa.

DE LAS PENAS.

Cumplido ya nuestro propósito, con relacion al objeto de este libro, en cuyas anteriores páginas hemos tratado ámpliamente, y con toda la conveniente extension, de los delitos y las faltas; de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes; de los autores, cómplices y encubridores y de cuantas otras personas pueden ser criminal y civilmente —ó sólo en este último concepto—responsables, vamos á entrar ahora en el exámen de la naturaleza, clasificacion, duracion, efectos, aplicacion, ejecucion y cumplimiento de las penas, en su calidad de principales y accesorias, que son las disposiciones comprendididas en los cinco capítulos del tít. 3.° del Código de 1870; las mismas que, segun los de 1848 y 1850, han venido rigiendo hasta la última reforma, si bien con algunas importantes variaciones, de que á su tiempo nos haremos cargo.

Todo cuidado, afliccion ó sentimiento interior grande, según el Diccionario de la Academia; todo dolor, tormento, ó sentimiento corporal, se llama pena.

De aquí, en efecto, el orígen de la definicion de la pena social, que es el mal, que uno padece contra su voluntad, y por superior precepto, á causa del daño, que hizo voluntariamente y con malicia.

Toda pena, en expiacion de un crímen, proviene de la ley.

La ley, que primero califica el hecho, aprecia las circunstancias de su ejecucion, y tiene en cuenta el daño producido y las condiciones personales del culpable; busca luego, en el castigo de éste, la compensacion más racional posible, á fin de que si, por una parte, puede servirle de escarmiento, la sociedad, por otra, que con la víctima personal es tambien, en primer término ofendida, quede desagraviada y satisfecha.

Las penas, que los tribunales imponen á los delincuentes, tienen además el objeto de llevar la intimidacion ó el temor de otra igual al corazon de aquellos, que van por la misma senda, para que se detengan y retraigan.

Aparte la llamada *ordinaria*, con cuya frase se ha venido entendiendo siempre *la de muerte*, todas las demás penas consisten, por punto

general, en la privacion de la libertad, que es el bien de más grande importancia para el hombre.

La mayor ó menor gravedad del delito cometido determina, á su vez, la mayor suma de padecimientos, á que queda sujeto el culpable, segun las condiciones del establecimiento penitencial, donde ha de extinguir la condena, que la justicia humana ha decretado contra él.

La justicia humana, sin embargo, cuya legitimidad nace de la ley, no puede ir más allá de lo que ésta dispone y en ella se prescribe.

Por eso dice el art. 22 del Código de 1870, como decia en iguales términos el 19 de el de 1848, *que no será castigado ningun delito ni falta, con pena que no se halle establecida por ley, anterior á su perpetracion.*

La letra del artículo, tambien 19 de el de 1850, aunque significando lo mismo, fué algo más difusa; no importando á la inteligencia del precepto, ni tampoco á nuestro objeto, examinar la diferencia.

Ese principio restrictivo de la pena, con arreglo á la ley, anterior á la ejecucion del hecho, que debe castigarse, es general, como de extricta justicia, en todas las legislaciones extranjeras.

Los arts. 26 y 27 del Código austriaco, el 33 del brasileño, el 60 de el de Napoleon y muchos otros, que seria ocioso citar, lo consignan de igual modo.

La pena—dicen en sustancia todos ellos—*debe ser aplicada dentro de los límites legales, sin que pueda imponerse otra inferior ó superior, más suave, ni más dura, sino la que corresponda al delito, dentro de sus grados respectivos, máximo, medio ó mínimo, segun sus circunstancias.*

Este precepto es el mismo consignado en el art. 2.° de nuestro Código, en la actualidad vigente, por el cual se dispone la abstencion de todo procedimiento, en el caso de que un tribunal conozca de un hecho, que considere penable y no se halle expresamente y con anterioridad castigado por la ley.

El pensamiento filosófico de una y otra disposicion, enlazadas ambas por medio de una misma idea y con idéntica tendencia, viene á completarse en la última, por más que ya, en la primera, hubiese quedado perfectamente definido.

No hay, pues, delito posible, allí donde no hay ley anterior que lo señale y lo castigue: no hay procedimiento criminal, no hay pena posible, donde no hay hecho posterior al precepto prohibitivo, que ha de ser el orígen de la misma.

Quiere esto decir, en más breves palabras, que las leyes penales, como las leyes civiles, no pueden ser aplicables á los hechos ocurridos antes de su publicacion, ó lo que es lo mismo, que no tienen efecto retroactivo.

El Código de 1870 ha hecho, no obstante, en esta parte, una declaracion importantísima, que en los de 1848 y 1850 no existia.

Las leyes penales—dice en su art. 23—*tienen efecto retroactivo, en cuanto favorezcan á un reo de delito ó falta, aunque al publicarse aquellas hubiere recaido sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena.*

Verdad es que este mismo, aunque á lo propiamente justo limitado, fué el pensamiento, que hubo de predominar en el art. 20 de los dos últimamente citados, en cuanto disponian, que *siempre que la ley moderase la pena señalada á un delito ó falta y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo, que causase ejecutoria, contra reos del mismo delito ó falta, disfrutaran estos del beneficio de la ley.*

La redaccion del primero, sin embargo, más concreta y precisa que la de estos otros, sintetiza la idea general en más breves palabras.

Donde cabe lo más, cabe lo ménos.

Desde el momento, en que la ley posterior al delito favorece al delincuente, ya sea porque modere la pena señalada al mismo, ya porque borre toda la responsabilidad, que antes nacia de él, el principio de la *no-retroactividad* desaparece.

Pero desaparece de tal modo, que, segun acaba de copiarse, produce esos favorables efectos, respecto del culpable, *aun cuando hubiese recaido sentencia firme contra él y estuviese cumpliendo su condena.*

Desde luego se nos antoja que, por lo que hace á este último punto del precepto, el legislador de 1870 ha ido un poco más léjos de los límites, que los buenos principios jurídicos debieron señalarle.

Una ley penal, dada con posterioridad á un delito cometido, no es ni puede tener el carácter de una ley de indulto; así como tampoco una sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, puede perder de modo alguno su santidad y su eficacia, con motivo de disposiciones legales posteriores á ella, por más que varíen la índole y naturaleza de los hechos, que fueron en debida forma castigados.

En buena doctrina legal, todo rematado deja de pertenecer á la sociedad, que lo expulsó de su seno, en expiacion de la ofensa, que de él hubo recibido, sin que dentro del tiempo y de las condiciones, que el tribunal le impuso y que comenzó á extinguir, pueda rehabilitarse y volver

á ella, por otro medio que el de una gracia especial, que es el indulto.

Y total ó parcial, su concesion corresponde exclusivamente al monarca y, por punto general, que así en todos tiempos se ha observado y así se dispuso en el art. 2.º de la ley provisional de 18 de Junio de 1870, confirmando en ello análogas disposiciones anteriores, *no es aplicable á los procesados criminalmente, que no hayan sido condenados por sentencia firme.*

Para gozar de las gracias concedidas por el presente decreto—se decia en el art. 5.º de el de 14 de Enero de 1875—*es circunstancia indispensable que los reos estén cumpliendo su condena.*

Por que toda condena—dada la sentencia ejecutoria que la impone—no tiene otra solucion posible, que su completa extincion, en la forma prevista y determinada por las leyes, ó el indulto, para el sentenciado, del todo ó parte de la pena, que al tiempo de la concesion de la gracia le queda por cumplir.

Y aun prescindiendo de esto, ningun reo puede ser juzgado dos veces por un mismo delito, siquiera sea en más favorables condiciones, para él, la segunda vez que la primera; y ello es, que el precepto contenido en las últimas frases del art. 23, que examinamos, además de resolver de plano y por su propia virtud, la nulidad ó ineficacia de una sentencia ejecutoria, supone la necesidad de dos juicios; puesto que sin la segunda, dictada por el tribunal competente, en vista de la nueva ley, no podria perder su carácter la primera.

Si la ley debe ser igual para todos, verdad que no puede negarse, pongamos un ejemplo, para demostrar que ese del efecto retroactivo, con relacion á las sentencias firmes, además de las razones indicadas, podria dejar de serlo en varios casos.

El delito de facilitar al enemigo la toma de un puesto militar ó un almacen de boca ó guerra del Estado, se castiga, por el art. 137 del Código de 1870, con la pena de cadena perpétua á la de muerte.

Dos españoles cometen, pues, ese acto de traicion, y juzgados por el tribunal competente, resulta que en favor de uno existe una circunstancia atenuante y, por el contrario, una agravante contra el otro.

Dictada sentencia ejecutoria, segun las reglas 1.ª y 3.ª del art. 81, este último es condenado á la pena capital, que se lleva á ejecucion, y el otro á la de cadena perpétua, ingresando, para extinguirla, en el establecimiento que, al efecto, se halla señalado.

Quince ó diez y seis años despues, el art. 137 se reforma en sentido favorable, modificando la pena del delito referido y señalando la de cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua; con que habria de suceder, que aquel que á esta se hallaba condenado, deberia ser puesto

en libertad, prévia la revision indispensable del proceso, mientras que ni para su consorte, ni para sus herederos, cabria reparacion posible, dentro de esa misma ley.

En nuestro sentir, más conforme y de acuerdo con el pensamiento del art. 20 de los Códigos de 1848 y 1850, debia decir lo contrario de lo que aparece escrito y consignado, de este modo:

Las leyes penales tienen efecto retroactivo, en cuanto favorezcan á un reo de un delito ó falta, SIEMPRE *que, al publicarse aquellas,* NO *hubiera recaido sentencia firme y el condenado* NO *estuviese cumpliendo su condena.*

Esto dicho, é invirtiendo ahora ligeramente el órden del capítulo 1.°, título 3.°, objeto actual de nuestras observaciones, dejaremos sentado que no se reputan penas la detencion y prision preventivas de los procesados, la suspension de empleo ó cargo público, durante el procedimiento, las multas y demás correcciones, que, en uso de atribuciones gubernativas ó disciplinarias, impongan los superiores á sus subordinados, ni las privaciones de derechos y reparaciones, que en *forma penal* las leyes civiles establezcan.

Subrayamos las dos palabras anteriores, porque, en nuestro juicio, allí, donde no hay pena, no parece que pueda haber forma penal.

La privacion de un derecho, en forma penal, tal y como la frase lo demuestra, viene á suponer, más ó ménos grave, el carácter de una pena.

En el art. 22 de los Códigos de 1848 y 1850, que aun cuando con distinta redaccion, en sustancia, queria decir lo mismo que el 25 de el de 1870, en los cuatro números, en que ha sido dividido, no existia esa fórmula.

En cambio hubo de ponerse otra de notable significacion, que consigna en ambos el art. 23 y que no existe en el nuevo.

La ley no reconoce pena alguna infamante.

Comprendemos toda la filosofía, que encierra la supresion de ese precepto explícito y terminante, dentro del sentido absoluto, en que nos lo podemos explicar.

La ley no reconoce lo que fuera de ella, aun no reconocido, es una verdad clara y segura.

Cierto, como dice un autor de alto renombre, *que lo que infama es el crímen, no la pena;* pero como ésta es la consecuencia de aquel y precisamente de ella resulta la demostracion legal más notoria y palpable de que el penado lo ha sido por un hecho, que lleva en sí la infamia, no hay términos hábiles, por más que la ley disponga lo contrario, para

que la opinion pública separe, en esa su lamentable consecuencia, la pena del delito.

Pero si desde el momento, en que el Código de 1870, que analizamos y estudiamos, ha hecho caso omiso de ese tan grave y difícil problema, tiempos atrás ámpliamente debatido, no nos parece necesario entrar de lleno en la cuestion, algo, sin embargo, hemos de escribir acerca de ella.

La infamia, que resulta de un crímen infamante—dice el art. 1.º del Código de Napoleon—*no se extiende más allá de la persona del culpable.*

Esto es otra cosa muy distinta.

Nada seria, en efecto, más repugnante, dentro de una ley, como en las leyes antiguas sucedia, que eso de hacer recaer sobre el hijo, por ejemplo, la infamia y la vergüenza del delito cometido por su padre.

No: en este sentido no hay, no es posible que haya penas infamantes.

Pero vengamos al delito en sí, al indivíduo que lo ejecuta, á la pena, que por el mismo se le impone, y veamos si es exacta y verdadera la fórmula, que en el art. 25 de los Códigos de 1848 y 1850 se escribió, y el de 1870 ha suprimido.

El que acalorado mata en riña á otro, comete un delito, que, propiamente dicho, no deshonra.

Pero si lo mata á traicion ó sobreseguro ó con alovosía y se convierte en asesino, ó si lo asesina para robarlo, la naturaleza del hecho cambia, por completo, y nadie habrá que desconozca la mancha de infamia, que, desde aquel momento, pesa sobre él.

Al primero se le podrá mirar con lástima, pero sin horror; al segundo con horror, terror y repugnancia, sin que haya persona honrada que quiera tenderle su mano y estar donde él está.

Pues bien: se abre el juicio criminal, para depurar las circunstancias del suceso, y recae en su favor sentencia absolutoria.

El crímen infamante, que pudo ser verdad, pero que no fué comprobado, no llega á imprimir sobre su frente mancha alguna denigrante.

Por el contrario: es castigado como asesino ó como ladron, y dentro del presidio, con el grillete, mientras extingue su condena, y luego, fuera de él, siempre y en toda ocasion y en todo tiempo, llevará sobre sí el negro estigma del delito.

Luego á pesar de lo que en el Código antiguo se decia, hay penas que infaman.

Porque la infamia, que nace de una pena que se sufre, es la pro-

ducida por el hecho infame, que, con deshonra propia, se comete.

Es infame todo aquello que carece de estimacion, de honra, de crédito; todo aquello que es malo y despreciable, y nadie más despreciable, á los ojos de la sociedad, ni más indigno de honra y estimacion, que un ladron ó un asesino.

Luego, en su sentido recto, la pena del asesinato ó del robo es por sí propia infamante.

Ahora bien: si la ley quiso decir que las penas no producen ignominia ó afrenta pública, en aquel que las padece, acaso se podria explicar el pensamiento de otro modo.

No hay pena infamante, decia el Código de 1850, en su citado art. 23, y sin embargo, entre las accesorias del 24 figuraba, en lugar preferente, *la de argolla*, que no tenia otra significacion, que la de llevar sobre la frente del culpable, expuesto en un tablado, mientras se verificaba en su consorte la de muerte, la más horrible, la mayor de las afrentas.

Para evitar que haya penas afrentosas ó ignominiosas, lo más acertado es suprimirlas y borrarlas de la ley penal, como en el art. 3.° de la de 18 de Junio de 1870 quedó abolida la de argolla; única que, en realidad, quedaba ya en el antiguo Código, una vez abolidas anteriormente la de azotes, el emplumamiento en la mujer y la picota.

Todo cuanto el nuevo hubiera podido decir acerca de esto, habria sido, por lo tanto, completamente ocioso.

El eminente jurisconsulto Rossi, hablando en su *Tratado de derecho penal* de los males directos, que producen las penas, entre otros, la pública reprobacion, la violencia de los hábitos propios ó costumbres y el decaimiento de la salud, cita tambien la infamia, por más que no la defina, en el sentido que nosotros la entendemos y dejamos explicada.

Reprueba, sí, las penas infamantes—la argolla, la marca—que son las únicas, á que se refiere; pero al reprobarlas y al demostrar su ineficacia, se limita á sus efectos morales, dentro de la ley, que solo ha buscado en ellas la mayor afrenta del culpable, para ver de corregirlo y en cuyo concepto toda idea, en favor de las mismas, sobre repugnante, es inadmisible.

Las penas, que pueden imponerse, con arreglo al Código vigente, segun su art. 26, y sus diferentes clases son las que comprende la siguiente

ESCALA GENERAL.

PENAS AFLICTIVAS.

Muerte.
Cadena perpétua.
Reclusion perpétua.
Relegacion perpétua.
Extrañamiento perpétuo.
Cadena temporal.
Reclusion temporal.
Extrañamiento temporal.
Presidio mayor.
Prision mayor.
Confinamiento.
Inhabilitacion absoluta perpétua.
Inhabilitacion absoluta temporal.
Inhabilitacion especial perpétua.................. } para { Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.
Inhabilitacion especial temporal.................. }

PENAS CORRECCIONALES.

Presidio correccional.
Prision correccional.
Destierro.
Reprension pública.
Suspension de cargo público, derecho de sufragio activo ó pasivo, profesion ú oficio.
Arresto mayor.

PENAS LEVES.

Arresto menor.
Reprension privada.

PENAS COMUNES Á LAS TRES CLASES ANTERIORES.

Multa.
Caucion.

PENAS ACCESORIAS.

Degradacion.
Interdiccion civil.
Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.
Pago de costas.

Antes de seguir adelante y de señalar las diferencias, que existen entre esta clasificacion y la contenida en el art. 24 de los Códigos de 1848 y 1850, dejaremos consignado que, segun el 24 de el de 1870, cuyo pensamiento, aunque en distinta forma, está calcado en el 21 de estos otros, *el perdon de la parte ofendida no extingue la accion penal.*

Ya hemos dicho antes que de todo delito nacen dos acciones, una penal y otra civil.

Uniendo, pues, este principio á la distincion legal, entre el delito público y el privado, se produce por sí misma esa otra, que el expresado artículo consigna, al exceptuar del precepto comun los delitos, *que no pueden ser perseguidos sin prévia denuncia ó consentimiento del agraviado.*

La responsabilidad civil, en cuanto al interés del condonante—añade—*se extingue per renuncia expresa.*

La justísima razon de esta doctrina es bien patente.

Cada cual puede disponer libremente de lo suyo; pero no de aquello, que no le pertenece.

Nadie más que uno mismo es seguramente dueño de su honra.

En este concepto, idéntico es el derecho, que le asiste, para perseguir ante los tribunales de justicia las ofensas, que en ella cree haber recibido, como para desistir de la accion criminal, si, una vez entablada, se dá por satisfecho, ó llega á creer que el acto denunciado no es punible.

No hay más diferencia sino que, al perdonar á su ofensor, renunciando al castigo, que en otro caso—probado el agravio—debiera serle impuesto, tendrá sobre sí el pago de todas las costas devengadas, siquiera sea verdad la ofensa, motivo del proceso.

Nadie más que él ha producido diligencias inútiles, que no han tenido, en sustancia, fin ni objeto; nadie más que él ha hecho trabajar á los auxiliares de la administracion de justicia, y nadie más que él debe ser y es obligado á satisfacer los gastos, que, exclusivamente en su obsequio, se han originado.

Cuando el perjudicado lo es por un delito público, si bien sería de todo punto inútil que renunciase la accion penal, que no va en exclusivo interés y desagravio suyo, sino de la sociedad, que al mismo tiempo con él ha sido ultrajada, puede hacerlo, respecto de la indemnizacion y reparacion del perjuicio inferido; porque, dueño absoluto de sus intereses, que á él solo pertenecen, nadie puede cohartar en ello la libertad de su albedrío.

Volviendo ahora á la escala general de las penas, y comparando la del Código de 1870, que acabamos de copiar, con la contenida en el artículo 24 de los de 1848 y 1850, la primera observacion que hemos de hacer, es la que nace de la supresion, que en la primera se advierte, *del presidio, prision y confinamiento menores*, entre las aflictivas; *de la sujecion á la vigilancia de la autoridad*, entre las correccionales, y *del resarcimiento de los gastos del juicio*, entre las llamadas accesorias.

Segun el art. 27 de los tres citados Códigos, que ha sintetizado el pensamiento contenido en el 82 de el de 1850, dándole más claridad, *cuando la multa se impone como pena principal, se reputa aflictiva si excede de diez mil reales; correccional, si no pasa de esta cantidad, sin bajar de quinientos, y leve, si no llega á esta suma.*

Segun el 28, las penas de inhabilitacion y suspension para cargos públicos y derecho de sufragio son accesorias, cuando la ley no las impone especialmente, como principales; entendiéndose siempre que las costas de todo proceso corresponden á los criminalmente responsables de los delitos ó las faltas, en cuyo descubrimiento, en cuya persecucion se han devengado.

El Código de 1850 fué, en esta parte, algo más explícito, comprendiendo en su citado art. 25, como pena accesoria, el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio, suprimidos, segun se acaba de indicar, en el vigente; diciéndose tan solamente de ellos, como de las costas procesales, que se entienden impuestos por la ley á los autores de todo delito ó falta, á sus cómplices y encubridores, y á todas las personas legalmente responsables.

Al tratar de esta materia, nos vemos en la necesidad de anticipar algunas disposiciones de el de 1870, en armonía con otras de la ley de Enjuiciamiento criminal, en la parte no expresamente derogada por el de-

creto del Ministerio-Regencia de 3 de Enero de 1875, que á la sazon está vigente, y que han introducido, respecto de la antigua legislacion, reformas importantes.

Las costas comprenden hoy los derechos é indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, determinados antes ó no determinados en los aranceles; debiendo, en este último caso, fijarlos el tribunal, que conozca del asunto, en la forma que establece la citada ley de Enjuiciamiento.

Lo primero que, respecto de estas, tratándose de costas, debe tenerse en cuenta, es que, con arreglo al párrafo 2.° de su art. 119, en perfecta armonía con el 89, toda absolucion se entiende libre, y nunca se pueden imponer las costas á los procesados, que en cualquier caso han sido absueltos.

Pero las costas, segun el art. 120 de la ley citada, consisten en el reintegro del papel, en el pago de los derechos de arancel, en el de los honorarios de los abogados y peritos, *y en el de las indemnizaciones correspondientes á los testigos, que las hubieren reclamado*—hoy en suspenso—y en los demás gastos, que se hubiesen ecasionado en la instruccion del procedimiento.

Viene, pues, á resultar que, si bien el Código de 1870 suprimió, de entre sus penas accesorias, la que el de 1850 señalaba como *resarcimiento de los gastos del juicio*, no fué que dejara de conocer la necesidad y la justicia de su pago, sino que cambió su clasificacion, incluyéndolos bajo el nombre de costas, como, por ejemplo, los honorarios de abogados y peritos, que antes figuraban en aquel otro concepto.

Desde luego suponemos, por más que no se exprese, y tampoco lo parezca, que en esa frase genérica *de los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instruccion de la causa*, que dice el referido artículo 120 de la citada ley de Enjuiciamiento, deben incluirse *la reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios*, que tienen la segunda referencia, sobre los demás, en el mencionado art. 49 del Código actual.

Y decimos que lo suponemos, aun cuando *esa reparacion y esa indemnizacion*, propiamente consideradas, *no son gastos ocasionados en la instruccion de la causa*, porque desde el momento, en que el Código, refiriéndose, en su art. 48, á la mencionada ley, los determina y señala como costas, y visto que en aquella no se nombran, no hay sino entender racionalmente —so pena de un gran defecto de armonía entre ambos— que se hallan comprendidas en esa fórmula general, que dejamos anotada.

Pero todavía nos ocurre que ni en la ley ni en el Código —ni en los

Códigos antiguos — se consigna dato alguno concreto, por donde pueda venirse en conocimiento, con la necesaria exactitud, de qué es lo que ha de entenderse por *daño* y qué por *perjuicio*.

Si apelamos al Diccionario de la Academia, para buscar la diferencia y resolver con él la duda, nos encontramos con que ambas palabras son sinónimas.

Daño — dice — detrimento, *perjuicio* ó menoscabo, que se recibe en la honra, la hacienda ó la persona.

Perjuicio — *el daño*, pérdida ó menoscabo, que se recibe ó se causa.

El sentido recto de una y otra, sin embargo, si en ello se medita, puede marcar la diferencia.

Esto, no obstante, por más que así sea fácil de estudiar y comprender, hemos creido oportunas estas observaciones, á fin de que mejor se pueda interpretar la ley, que nada ha dicho.

En nuestra opinion, de acuerdo con el escritor Huerta, en sus sinónimos, *daño* significa un mal directo; *perjuicio*, un mal indirecto.

El asesino *daña directamente* al asesinado y *perjudica indirectamente* á la viuda de éste y á sus hijos.

Y claro es que la ley penal — no de ahora, sino de muy antiguo — dá distinta significacion á ambas palabras, cuando nunca las confunde.

Daños y *menoscabos* decian las leyes de Partida, y explicando estos últimos Gregorio Lopez, suponia que eran lo mismo que *perjuicios*, y debian tomarse por privacion de utilidades, de lucro, provechos ó ganancias.

Así, pues, por daño debe entenderse — *dannum emergens* — la pérdida que se sufre, y por perjuicio — *lucrum cesans* — la ganancia, que se deja de obtener por culpa agena.

Si muchos son los delitos, que pueden cometer los hombres, no son pocas, por cierto, las penas, con que el Código moderno los castiga.

En treinta las divide este, entre aflictivas, correccionales, leves y accesorias: treinta y seis contenia la escala general de el de 1850.

Más parca, en esta parte, la ley 4, título 31 de la Partida 7.ª, fijó en siete las maneras, con que los juzgadores podian escarmentar á los facedores de los yerros, dividiéndolas en cuatro mayores y tres menores; desde

la de muerte hasta la de poner al culpable, por deshonra, en la picota, ó desnudo y untado con miel, al sol, para que las moscas lo comieran.

Estas últimas penas, propia y verdaderamente infamantes, han desaparecido, por fortuna, y aunque la lista de las que hoy están en uso es larga, y bien pudiera ser más corta, la idea filosófico-moral, que el legislador ha llevado en ello, ha sido la de ajustar, en lo posible, á la cuantía del mal causado la cuantía del mal impuesto; esto es, la más equitativa compensacion entre el delito y el castigo.

El Código francés —en sus artículos 7.° y 8.°, reformados en 1832— dividió sus penas en aflictivas é infamantes; consistiendo estas *en el extrañamiento y en la degradacion cívica* y aquellas *en la muerte, los trabajos forzados perpétuos, la deportacion, los trabajos forzados temporales, la detencion y reclusion.*

Lo más notable, en esto, era que, segun el art. 20, todo culpable condenado á trabajos forzados, perpétuos ó temporales, debia ser expuesto en la plaza pública por espacio de una hora.

Al recordar este precepto, no podemos dejar de recordar tambien, para anatematizarlo y censurarlo, ese horrible tormento del hombre, en el país que se supone á sí propio el centro y el emporio de la civilizacion europea, y que con tan espantosos colores y tan aterradores detalles nos describe el famoso Victor Hugo, en *Nuestra Señora de París,* cuando habla del pobre y miserable *Cuasimodo,* en la deshonrosa picota colocado.

En otro escrito, de este mismo autor, encontramos otro suceso, que á proposito de la doctrina, que venimos estudiando, no estará demás copiar.

«En 1818 ó 19, en París—dice—pasaba un dia de verano, mediado el sol, por la plaza del palacio de Justicia.

»Una inmensa multitud rodeaba un poste.

»Me aproximé.

»A este poste estaba atada, argolla al cuello y cartel al pecho, una mujer jóven ó una niña.

»Un anafre de carbones encendidos estaba á sus piés: un hierro con mango de madera se estaba enrojeciendo entre las brasas: la multitud parecia contenta.

»Esta mujer era culpable de lo que la jurisprudencia llama *robo doméstico.*

»De repente, al dar las campanadas de las doce, por detrás de la mujer, y sin que ésta lo viese, subió un hombre al tablado.

»Yo habia reparado que la túnica de paño burdo, con que estaba vestida esta mujer, tenia una avertura por detrás, sujeta con cordones;

el hombre desató rápidamente la lazada de los mismos, separó la túnica, descubrió, hasta la cintura, las espaldas de aquella, cogió el hierro del anafre y lo aplicó, apoyándolo fuertemente, sobre las desnudas carnes.

»El hierro y la mano del verdugo desaparecieron en medio de una blancuzca humarada.

»Todavía oigo, al cabo de más de cuarenta años, y siempre conservaré en mi alma, el espantoso grito que lanzó la ajusticiada.»

No hay penas infamantes, han dicho nuestros modernos legisladores, rompiendo últimamente la funesta argolla, única de las antiguas, que quedaba, y en honra suya queremos repetirlo.

Las penas correccionales francesas, designadas en el art. 9.°, eran tres, y tres las comunes á la esfera criminal y correccional; total, entre todas, catorce.

El Código austriaco, en la definicion de su artículo tambien 9.°, es mucho más breve.

Las penas de los delitos—dice—*son la muerte y la detencion del culpable en una prision.*

Es, pues, evidente que la ley penal española aventaja á esas otras leyes penales extranjeras, que se acaban de decir, así como á las de otros países, que no es preciso consignar, en las diferentes formas ó maneras de buscar la correccion de los delitos.

Menester es, sin embargo, convenir en que, si el pensamiento es laudable, su realizacion, tal y como ha podido desearse, no es muy fácil.

El legislador, que tan discretamente se ha valido de las circunstancias atenuantes y agravantes, para mejor apreciar y regular los grados más convenientes de la pena, en armonía con la importancia del delito cometido, no ha podido ménos de encontrar grandes obstáculos, entre esos dos extremos, que significan, por un lado, nada ménos que la privacion de la existencia, y un insignificante quebranto relativo, por otro, en los intereses materiales del culpable; los dos polos precisamente, en que el eje de nuestra legislacion penal descansa.

¿Pero por qué, ni para qué, se han borrado del Código de 1870 las penas *de presidio, prision y confinamiento menores* y la *de sujecion á la vigilancia de la autoridad*, ni á qué principio ha podido obedecer esa supresion, que en lugar de facilitar la igualdad de la medida y la más equitativa regulacion, sólo ha servido para ahondar los vacíos y alargar más las distancias?

El uso ó práctica constante, desde que se publicó el Código de 1870, es decir, en cinco años, ha venido á demostrar, de una manera indudable,

la falta de equidad moral y material, que resulta de ese tan prolongado intervalo, entre el presidio y la prision mayores y el presidio y la prision correccionales; no sólo por cuanto desarmoniza el órden gradual de las demás penas, sino por lo que desiguala muchas veces su entidad relativa, nunca en favor, siempre en perjuicio evidente de los condenados.

Si el Código de 1848, que inauguró, entre nosotros, ese método de castigos proporcionales, incluyendo en su escala el presidio, la prision y el confinamiento menores y la sujecion á la vigilancia á la autoridad, no consiguió llegar á una verdadera nivelacion entre el crímen y la pena, porque nunca—en esto, como en todo—puede ser la razon humana tan perfecta en sus ideas, que sepa y logre aquilatar el valor recíproco, entre el hecho punible y su expiacion, claro es que lo que el de 1870 ha venido á obtener de su reforma, ha sido aumentar los obstáculos de la gradacion, que ha sido siempre la base y el objeto principal de su sistema.

De otro modo.

Tomemos la palabra escala en sentido figurado; no como la ordenacion recta de las penas, segun sus diferentes categorías, sino propiamente como una escalera, cuyos equidistantes peldaños nos han de servir, para ascender por ella y llegar á un punto dado.

Si la escalera es corta, nuestro empeño será inútil: si, por el contrario, es larga, no necesitaremos pisar el último escalon, para alcanzar nuestro deseo; pero si siendo proporcionada á la altura, que buscamos, rompemos y hacemos desaparecer tres ó cuatro peldaños de su centro, el tránsito, en ese vacío, si no imposible, se hará, cuando ménos, más difícil.

Rotos, en la escala general de 1870, los tres últimos grados, que ántes existian, entre las penas aflictivas y correccionales, el ascenso de estas á las otras se ha hecho naturalmente, y por lo mismo, mucho más sensible.

¿A qué ha obedecido, pues, la supresion? Nosotros no lo sabemos fijamente.

Hemos oido decir, sí, que ha sido debida á la falta de establecimientos penales, donde puedan ejecutarse, con la necesaria exactitud y puntualidad, todas las condiciones esenciales de cada una de las penas.

De ser esto así, que lo dudamos, lo que necesariamente habria de ocurrir á cualquiera, que bien lo pensase y meditase, seria, sin duda alguna, que ni dentro de las prescripciones comprendidas en la seccion segunda del capítulo 5.°, lib. 1.° del Código de 1850, mientras éste ha regido; ni con arreglo á las reformadas de el de 1870, han sido posibles, en los términos precisos de su respectiva naturaleza, ya porque nuestro

sistema penitenciario, sin pasar jamás de buenos deseos y estériles proyectos, ha estado siempre y se encuentra en un estado tan lamentable, que hace ilusorias, en esta parte, las exigencias de la ley, ya porque, aun dentro de lo posible, segun las mismas, no siempre por las autoridades civiles se observan y se cumplen.

Toda ley es, además, de carácter permanente, y va derecha á un fin constante; conque hubiera sucedido, de ser el motivo ese indicado, lo que no hemos de creer, en tributo de justicia hácia su autor, que lo principal, en ella, se habia subordinado, en esta ocasion, á lo accesorio; esto es, el precepto, en el fondo, á la forma ó manera de su ejecucion, cuando debió ser precisamente lo contrario.

Y son todavía muy de observar otras lamentables consecuencias de esa poco meditada supresion, que el legislador no tuvo en cuenta.

A los cómplices de un delito consumado, por ejemplo, se impone la pena inmediatamente inferior á la señalada al mismo por la ley, rebajándola en dos grados, para los encubridores.

Esta doctrina, que es la misma del Código de 1850, puede producir una tan desigual desproporcion, no prevista ciertamente en la reforma, y tan injusta, que el reo principal sea condenado en la de presidio mayor, mientras que la del cómplice ó encubridor, no pase del arresto ó acaso de la multa.

Podríamos consignar diferentes combinaciones, que acreditarian este resultado práctico; pero, por su misma claridad y por su facilidad, los excusamos.

La pena de sujecion á la vigilancia de la autoridad, tambien y sin razon, en nuestro concepto, suprimida, cuya importancia se reconoce en diferentes Códigos extranjeros, envuelve un principio altamente filosófico y moral, puesto que su objeto—más en el sentido de correccion preventiva, que de pena—es el de estorbar, en lo posible, por medio de reglas adecuadas, que aquellos, que han adquirido los perniciosos hábitos del crímen, vuelvan á incurrir en él, procurando, de este modo, librar á la sociedad de nuevos males.

Nada más conveniente á los intereses públicos, que eso de que la autoridad vele por el tiempo necesario y esté á la mira del asesino ó del ladron, que ha extinguido su condena y ha regresado á su hogar, probablemente no enmendado, para que no vuelva á delinquir.

En hacerle fijar su domicilio; en dar cuenta periódica al funcionario, encargado de su vigilancia, no pudiéndolo cambiar sin su permiso; en observar las reglas de inspeccion, que se le exigen y en adoptar arte ú oficio, profesion ó industria, si no tiene medios propios y conocidos para subsistir, no solamente no se le agravia, sino que se le dispensa un bien;

no siendo tampoco de escasa importancia el que pueden reportar á la sociedad tales medidas.

Más severo, en esta parte, el Código francés, reformado en 1832—artículos 44 y 45—estableció reglas de tal rigor, que hasta hubo de imponer á los penados la prohibicion, despues de haber sufrido sus condenas, de presentarse en ciertos lugares, obligándolos á minuciosos requisitos, para escoger y fijar el punto de su residencia y hasta castigando su desobediencia á los mismos, con prision correccional, que podia elevarse á cinco años.

Así como un padre puede y está en el deber de imponer obligaciones coercitivas á su hijo, que falta á sus deberes, para hacerle entrar en su cumplimiento y poner freno á su extravío; de la propia manera la autoridad debe tener ese derecho de tutela sobre los criminales, que han extinguido sus condenas, todavía no bastantes á su fin, segun la ley, para evitar los trastornos, que pudieran producir sus malos hábitos.

Parécenos, por lo tanto, más completa, y que llena más su objeto, la escala general de las penas, contenida en el artículo 24 del Código de 1850, con la supresion de la argolla, que la señalada en el 26 de el de 1870, cuyo importante vacío dejamos apuntado.

La pena de muerte ha venido figurando siempre, por regla general, como la primera y más ejemplar, al frente de todos los Códigos de Europa.

Pero si todos los jurisconsultos convienen en la legitimidad del derecho de castigar, que asiste á la justicia humana, dentro de una sociedad bien organizada, á fin de prevenir, entre los indivíduos que la constituyen, los yerros y daños, que en perjuicio de las más puedan cometer los ménos, no todos están conformes, de igual modo, en que ese castigo social se eleve hasta la muerte.

La justicia de la pena, una vez cometido el crímen, que la produce, y averiguada la verdad de la imputacion, respecto del culpable, á quien se aplica, queda siempre grabada, por sí misma, en la razon y en la conciencia de cuantos se fijan en ambas circunstancias.

Dado el delito, el castigo es necesario.

No es nuestro ánimo, ni al objeto principal de nuestro libro importa,

entrar en el exámen de las diferentes teorías, que fundadas en el derecho de propia defensa, aplicado á la sociedad, se han iniciado, sostenido y combatido entre los jurisconsultos, que han escrito, con larguísima extension, de esta materia.

Creemos, sin embargo, y dejamos consignado, como preliminar á lo que, sobre este importantísimo asunto, vamos á exponer, que nuestra opinion, es, de todo punto, favorable á la idea, no solamente de la utilidad, sino de la necesidad del castigo social, elevado hasta la última pena, siempre que se contenga dentro de los justos límites de la más exquisita prudencia; siempre que se imponga con exacto conocimiento del mal causado, y siempre que se ajuste á la cuantía del mismo y á la suma de reparacion, que de él resulte.

Esta es la justicia.

Pero si la legitimidad de la pena consiste en el interés, que de ella reporta la sociedad; si lo que justifica el castigo del hombre por el hombre, es la necesidad del escarmiento en los demás, ¿cabe en esa concepcion de la necesidad y del interés que se agita en el espíritu, y que tiene por objeto el privar á uno de su bienestar, para asegurar por este medio el bienestar de los demás; cabe y es posible llevar la privacion hasta acabar con la vida del culpable?

Por más que nuestra contestacion á esta pregunta, segun acabamos de indicar, sea afirmativa, no hemos de desconocer ni habremos de negar cuánto, en lo antiguo, se ha abusado de este último castigo, cómo se ha multiplicado, variándolo en sus formas, para hacer más angustiosa y horrenda, en su expiacion, la situacion de los delincuentes, y cómo y cuánto es y debe ser indispensable apreciar con toda calma, y con la mayor exactitud posible, la gravedad del crímen, la necesidad de la pena, su utilidad y el público interés para aplicarla.

Relegamos desde luego al olvido, con toda la indignacion que nos causa su recuerdo, la muerte del hombre por medio del descuartizamiento, del atenazamiento y de la hoguera; castigos consignados en antiguas leyes.

Cuando, á mediados del siglo XVII, se verificaron en Lóndres las ejecuciones de los reos, que con Cárlos I fueron condenados á muerte, se llevó la fiereza á tal extremo, segun refiere *Golsmith*, en su Historia de Inglaterra, que descolgados de la horca, cuando todavía estaban vivos, los abrieron y les extrajeron las entrañas, que arrojaron en las llamas preparadas al efecto, y les destrozaron luego sus cuerpos en cuatro partes, que se expusieron en varios sitios públicos; habiéndolos enviado despues á las cuatro principales ciudades del reino, para que, á todos y en todas partes, sirvieran de escarmiento.

No queremos, pues, volver la vista, llenos de horror, sobre esos actos de ferocidad, que no pueden comprenderse en una nacion culta; sobre aquellos espantosos emparedamientos de personas vivas, que imponian los tribunales de la Fé, ni sobre aquellas otras penas, que, sin llegar á la última, no por eso eran ménos crueles, como la de extraccion de los ojos, mutilacion de la lengua ó de la mano, consignadas tambien en nuestros Códigos.

A este mismo propósito, y ya que de Inglaterra hemos hablado, recordamos tambien haber leido en otra obra, que á los reos de alta traicion, que debian ser ejecutados, se les cortaban antes sus partes genitales y se quemaban á su vista, con esta horrible fórmula: «Tú, hombre vil, que no fuiste digno de nacer, tampoco lo eres de ser padre y tener hijos.»

Pero si tales exageraciones, tan contrarias á todo sentimiento de humanidad y tan repugnantes á la conciencia, han venido á producir más tarde una reaccion, en sentido opuesto; no por eso ha de llegar su resultado hasta el extremo de no poner un dique fuerte, seguro y positivo, á las profundas alarmas y á los terribles horrores, que los malvados llevan al seno de la sociedad, con la creciente depravacion de sus costumbres y con la ejecucion, no interrumpida, de sus crímenes.

Ese dique, en los casos extremos, pero inevitables, no es, no puede ser otro que la muerte.

Cierto que en algunos países, despues de largos debates, ha sido abolida; pero cierto es tambien que, una vez abolida, ha sido menester restablecerla.

Se abolió en el gran ducado de Irlandia el año de 1826; en la Luisiana el de 1830; en los grandes ducados de Olemburgo, de Brunswik y de Coburgo el de 1849; en la república de San Marino y en Toscana el de 1859; en Romania el de 1860; en los ducados de Weimar y de Sajonia-Meiningen, el de 1862; en el Canton de Neufchatel, el de 1863, y en los Estados Unidos de Colombia, y sin embargo, así como el Código piamontés la volvió á poner en vigor, contrariando el decreto del gran duque Leopoldo, otros legisladores han ido cayendo sucesivamente en la cuenta de su conveniencia y necesidad y han vuelto sobre ella.

En el año de 1862 la República ginebrina trató de revisar su constitucion local, y el primer punto, que se debia poner á discusion en las constituyentes, era precisamente el de la pena capital.

En esta ocasion, Mr. Augusto Bost, indivíduo de la iglesia de Ginebra y autor de varios escritos importantes, dirigió á Víctor Hugo una larga carta, pidiéndole que influyera en la cuestion, y entre otros se leia en ella el párrafo siguiente:

«La Constituyente ginebrina ha votado que siga en vigor la pena de muerte, por cuarenta y tres votos contra cinco ó seis; pero el asunto debe someterse de nuevo á controversia. ¡Qué apoyo para nosotros, qué refuerzo, si con algunas palabras interviniéseis en este grave asunto!... Ya lo veis: no se trata de un negocio cantonal, sino de un punto social y humanitario, donde toda intervencion es legítima. Para los grandes asuntos son los grandes hombres. Nuestros debates necesitarian ser iluminados por el génio y nos seria de gran provecho hallar apoyo á donde convergen hoy tantas miradas.»

No se hizo esperar, por cierto, la respuesta de Víctor Hugo á Mr. Bost, que le envió en otra carta, fechada en Hauteville-Housse, á 17 de Noviembre de 1862, y que en aquella época publicó íntegra el periódico titulado *La Independencia Belga*, precedida de un fogoso preámbulo, del cual entresacamos tambien estos dos párrafos:

«La pena de muerte, la gran iniquidad, que consiste en cometer un crímen, para vengar otro crímen, vuelve á tratarse entre nosotros, á consecuencia de la reciente mercurial del señor fiscal de Babay.

El digno magistrado, fiel á sus convicciones, se ha erigido otra vez en defensor de la venganza, ejercida en nombre y por cuenta de la sociedad.»

No hemos de negar nosotros la elocuencia, los sublimes rasgos, los sentidos apóstrofes, con que el tan ardiente como profundo escritor francés trata de combatir la pena capital; pero si, en medio de ese sentimiento, en medio de toda la arrogancia y gallardía de sus conceptos, buscamos una razon, que nos convenza, casi estamos por decir que todas las que contiene la carta á Mr. Bost nos parecen contraproducentes.

Como introduccion á sus comentarios y consideraciones, comenzó con la relacion de dos ejecuciones de pena capital, verificadas, la una en Bristol, el año de 1849 y la otra en Lóndres, en los tiempos de Jorge III; aquella de una muchacha de diez y siete años, por homicidio, y esta otra de tres niños, por robo.

«El menor de estos —dice— tenia catorce años y los tres fueron colgados.»

En cuanto á la jóven homicida, se expresó de esta manera:

«En 20 de Abril de 1849, una criada, Sara Thomás, muchacha de diez y siete años, fué ejecutada en Bristol, por haber muerto, en un momento de cólera, y con un leño de la chimenea, á su ama, que la estaba pegando.

»La condenada no queria morir.

»Fueron precisos siete hombres, para arrastrarla hasta el cadalso, donde la colgaron á la fuerza.

»En el momento en que la pasaban el nudo corredizo, la preguntó el verdugo si tenia que decir algo para su padre.

»La muchacha interrumpió su estertor para responderle: *Sí, sí, decidle que le amo.*»

El célebre escritor francés nos ha de permitir que pongamos en duda algunos de los detalles, con que acompaña la relacion de ambos sucesos.

En el art. 66 del Código penal de Napoleon, leemos lo siguiente:

Cuando el culpable sea mayor de 14 años y menor de 18, salvo el caso de parricidio, la pena de muerte se sustituirá por la de presidio.

El 328 del Código francés dice, á su vez, de esta manera:

No hay delito cuando el homicidio ha procedido de la necesidad actual de la defensa.

En lo sustancial, ni esta ni aquella disposicion habian sido reformadas: luego si Sara Thomás se defendia de su ama, que la pegaba y era menor de diez y ocho años, y no habia sido juzgada por parricidio, la relacion de Victor Hugo, en esta parte, legalmente considerada, no debió ser muy exacta.

Otro tanto podria decirse de los tres niños, menores de catorce años á que se refiere el primer caso.

Pero prescindamos de esto, que en realidad nada seguramente influye en la doctrina, que el autor francés se propuso combatir.

Natural era de suyo que la criada homicida no hubiera querido dejarse colgar y que la colgaran á la fuerza.

No deben ser muchos, por cierto, los condenados á muerte, que pongan voluntaria y expontáneamente su cabeza en las manos del verdugo.

Pero oigamos al impugnador de la pena capital, en sus consideraciones y comentarios, que son curiosos en extremo.

«¡Qué idea tienen los hombres del asesinato!....» exclama.

»¡Vestido con el traje comun, que se usa en sociedad, no puedo matar, y de toga puedo!... Como la sotana de Richelieu, la toga lo cubre todo. ¡Vindicta pública!... Asesinato, asesinato os digo.»

Esto no es una impugnacion legal de la pena de muerte —decimos nosotros— es un sarcasmo, es un insulto á los tribunales de justicia.

«Fuera del caso de legítima defensa —continúa— entendido en su sentido más extricto (porque una vez caido y herido vuestro agresor, debeis socorrerlo), el homicidio nunca es permitido. ¿Y acaso lo que está

prohibido al indivíduo, estará permitido á la colectividad?... ¡El verdugo!... ¡Hé aquí una especie siniestra de asesino!... El asesino oficial, el asesino con patente, costeado, pagado y convocado en ciertos dias, trabajando en público, matando á la luz del sol y siendo reconocido como el asesino del Estado! ¡El asesino funcionario, el asesino en nombre de todos!...»

Que estas palabras suenan bien al oido de todo ser sensible, que no puede ménos de lamentar el derramamiento de sangre, cualquiera que sea la causa, que lo pueda producir, no hay para qué negarlo ni ocultarlo; pero si la impugnacion de la pena capital no tuviera otras razones, poco habria que decir en su defensa.

Habla despues de la justicia, institucion sagrada de lo verdadero, que desde el momento, en que ilumina al hombre lo convierte en Dios; de la justicia, que pone sus piés en el corazon humano y en las estrellas sus álas; de esa vírgen, entidad celeste, hecha arcángel por el cristianismo y por el paganismo diosa, y lamenta luego que esta diosa, ese arcángel, aquella vírgen y aquel dios, vengan á sujetar las correas de la báscula, en los miembros de un desdichado, y á desprender, con sus dedos de luz, la horrible cuerda, que hace caer la cuchilla sobre el cuello de su víctima... Todo esto y mucho más, por el estilo, que fuera demasiado prolijo repetir, para seguir demostrando la injusticia de la pena capital, y para manifestar que, en tanto exista, siempre que llegue á la Sala de un tribunal, penetrará en su corazon el frio, y las sombras de la noche oscurecerán su vista.

Pero como ni estas sombras ni aquel frio son razones legales, que puedan persuadirnos de la conveniencia de la abolicion de la pena de muerte, que más con declamaciones que con argumentos sólidos combate, y en resúmen de sus consideraciones, y para demostracion de la verdad de sus conceptos, concluye su carta á Mr. Bost con reflexiones de otro órden, como ejemplo; en el ejemplo y en las reflexiones le hemos de seguir tambien, para llevar despues la cuestion á otro terreno.

«¿La pena de muerte —pregunta— es la justicia?

»Sí, dice la teoría: el hombre era culpable y se le ha castigado.

»No, dice la práctica; porque el hombre está castigado, enhorabuena; ha muerto, bien está. ¿Pero quién es esa mujer? —Una viuda —¿Y esos niños?... —Unos huérfanos. —¡Viuda y huérfanos castigados, y sin embargo, inocentes!... ¿Dónde está vuestra justicia?...

»Mas ya que la pena de muerte no sea justa, ¿será por ventura útil?

»Sí, dice la teoría: el cadáver no nos dará ya que hacer.

»No, dice la práctica; el cadáver os lega una familia: familia sin padre, familia sin pan!... ¡Hé aquí á la viuda, que se prostituye para vivir!... ¡Hé aquí á los huérfanos, que roban para comer!...»

Es verdad — decimos nosotros—pero tomemos el ejemplo del revés.

¿Quién es ese hombre ensangrentado, que acaba de exhalar el último aliento, á consecuencia de esa herida, que le ha partido de medio á medio el corazon?

Pues es un hombre honrado; es un artesano, un padre de familia, que ha sucumbido al puñal del asesino, por quien fué asaltado en su propia cama, para robarle sus ahorros.

¿Y esa pobre mujer, que oculta su frente entre sus manos y á la que ahogan los sollozos? —Su viuda —¿Y esos niños, que lloran sobre los todavía calientes restos, y besan el líbido rostro del cadáver, y estrechan sus manos, llenos de afliccion y de amargura?— Sus hijos... unos huérfanos!... Viuda y huérfanos hundidos en la miseria por la codicia de un malvado... la primera, que acaso se habrá de prostituir para vivir; los segundos, que acaso robarán para comer!

Pero no; hay en esto último una diferencia, que seria injusticia no indicar.

Demollard, á quien cita el mismo Victor Hugo, hijo de un guillotinado, robaba á los cinco años.

Es muy fácil que el hijo de un ladron robe, que el hijo de un asesino mate, porque esto depende de la educacion; pero, por lo mismo y por lo regular, el hijo de un padre honrado es tambien honrado; reflexion de gran cuantía, que no debió haber perdido de vista el autor de la carta á Mr. Bost, puesto que el verdadero contraste, para hacer resaltar la eficacia de su ejemplo, habria estado en la comparacion del sentimiento público, respecto de las víctimas, en uno y otro caso.

«Puede abolirse la pena de muerte — decia Alfonso Karr — pero antes es necesario que se empiece por abolir los asesinos.»

El profesor de la filosofía del Derecho de la Universidad de Pisa, señor Gabba, en sus consideraciones críticas sobre esta misma materia, año de 1866, planteó la cuestion de otra manera.

«¿La pena de muerte, puede ser victoriosamente condenada por la moral, á pesar de haberla aceptado la política, como necesaria y conveniente?»

Bajo este punto de vista, creia el citado autor que ni Rossi, ni Carmignani, ni Frank ni otros criminalistas políticos habian podido combatir ó impugnar su proposicion, ó responder á su pregunta, porque más atentos á los intereses del Estado, que á los del indivíduo, no habian tenido para nada en cuenta los principios, que por tanto deben entrar en la solucion de este dificilísimo problema.

¿Es, sin embargo, la política —preguntamos nosotros— la única que ha de darnos la idea fija y segura de la conveniencia ó inconveniencia

de la pena capital; es la moral aisladamente, ó son ambas unidas, la moral y la política?

Pues véase que sobre esta y sobre aquella, y al propio tiempo entre las dos, se eleva, como premisa, como base fundamental de todo raciocinio, de toda solucion, de toda idea, el supremo poder de la justicia, en el cual descansa la ley,. garantía de los hombres honrados y represion de los culpables.

Acabamos de decirlo.

Sin la represion de estos, tendencia política, no podria existir la garantía de aquellos, tendencia moral de la justicia.

Luego la pregunta del Sr. Gabba está satisfactoriamente contestada.

La política no puede condenar moralmente lo que políticamente acepta la justicia.

Y siendo ésta el vínculo de union político y moral, santo y sagrado, entre los deberes recíprocos del hombre en sociedad, allí donde esa misma justicia nivele la compensacion del bien y del mal, y establezca la pena, que corresponde al delincuente—siquiera sea esta la de muerte— aquellos deberes mútuos quedan completamente satisfechos, y la conciencia humana muy tranquila.

En la cuestion de la pena capital, como de cuantas otras los Códigos señalan, la justicia lo es todo, y, en nuestro concepto, este es el verdadero terreno, donde, en primer lugar, debe plantearse este debate, para descender despues á su graduacion y á su utilidad y conveniencia.

¿Qué se diria de un tribunal, que teniendo ante sus ojos la más perfecta y robusta prueba de que uno habia matado alevosamente á otro, diera sentencia á su favor, mandando devolverle el puñal, con que habia herido á su víctima?

La iniquidad no podria ser más evidente.

Pero si dentro de la justificacion del hecho, vista la culpa del reo, apreciado el daño y estudiada la ley, buscaba, por medio de un mal positivo y real, la compensacion de aquel otro mal, real y positivo tambien, causado antes por el asesino, y este era su fallo, la conciencia humana, la conciencia pública, no podria de manera alguna ni en ningun concepto revelarse contra él.

Esta es, por consiguiente, la justicia: esta es la necesidad moral y es la necesidad política de llevar el castigo á unos, para que otros escarmienten; esta es la conveniencia de la pena, por más que se eleve á la de muerte, cuando resulta que el culpable ha llegado al último límite de la perversidad y de la degradacion, en el delito.

Con este último concepto indicamos que, en nuestra opinion, la pena

capital no ha de prodigarse; pero que, en casos dados, es de todo punto indispensable.

No ya el sentimiento de justicia, que nace expontáneamente en el corazon humano, sino la misma conciencia moral del pueblo, la pública opinion, que aversion tan grande demuestra contra ella, en ocasiones, la reclama muchas veces.

Y téngase además en cuenta, que esa justicia, de que venimos hablando no es la justicia del Talion —*ojo por ojo*, *diente por diente*— porque como hemos dicho, al combatir los anteriores ejemplos, que ha puesto Victor Hugo, existe una gran distancia entre los indirectamente lastimados por la accion de la justicia —la viuda y los huérfanos del criminal ejecutado— y las víctimas del crímen.

Otros autores, entre ellos el célebre Mittermaier, impugnadores, á su vez, de la pena capital, han apelado, para combatirla, al resultado de las estadísticas, allí donde antes existia y fué luego abolida.

El resultado positivo de tales datos, con proligidad examinados, ha venido á ser, en último término, completamente negativo.

Sin desconocer que de algun tiempo á esta parte las sentencias capitales han traido consigo un descenso progresivo, en la mayor parte de los pueblos cultos, esto no demuestra, seguramente, la inconveniencia de la pena, ni depende de otra causa, ni reconoce otra razon, que la mayor benignidad de las leyes nuevas, con relacion á las antiguas, como sin ir más lejos y sin necesidad de citar los Códigos modernos de Inglaterra, Italia y Francia, ha sucedido con el nuestro de 1870, respecto de el de 1850, que indudablemente, en esta parte, era más rígido.

Si hubiera sido la innovacion en sentido opuesto; si las leyes represivas y severas hubieran sustituido á las más suaves y benignas; si señalándose antes para diez clases de delitos, por ejemplo, la pena de muerte, se hubiera señalado despues para veinte ó para treinta, las condenas capitales habrian aumentado, en esa misma proporcion de veinte á diez, ó de treinta á veinte, lo cual no arguye, de modo alguno, en favor de la conclusion de Mittermaier y de los que, en este particular, opinan como él.

En este mismo instante, al reflexionar nosotros sobre cuanto acabamos de escribir, y en mayor comprobacion de que la pena de muerte intimida, enseña y corrige, sin que la estadística de sus ejecuciones sea una razon, que pueda alegarse para combatirla, antes bien para apoyarla, una época célebre, en nuestro propio país, y un nombre, célebre tambien, nos han venido á la memoria.

Cuando despues del año de 1823, derogada la Constitucion de entonces, vuelto Fernando VII á Madrid, restituido en todos sus antiguos fue-

ros y prerrogativas absolutas, y encargado el inolvidable *Chaperon* de la jefatura ó direccion de policía en Madrid, tomó la cosa pública, por parte del monarca, tal rumbo de arbitrariedad, y entre otros rigores, que no es preciso consignar, fué tan grande el que se desplegó contra los ladrones, que por los hechos más sencillos de esta clase, se imponia y se ejecutaba en sus autores la pena capital.

Se citan casos que repugnan, y que, por no cumplir á nuestro objeto, no contamos; pero no hay, por cierto, quien ignore, que cuando la opinion pública se llegó á persuadir de la severidad de la ley y de que inexorablemente se cumplia, y este convencimiento penetró en el ánimo de los ladrones, estos, mientras estuvo en rigor, desaparecieron por completo, y las ejecuciones capitales, que en su principio y con alguna más frecuencia de lo ordinario, pudieron repetirse, no fueron al poco tiempo necesarias.

D. Sebastian Gonzalez Nandin, presidente de la Sala segunda del Tribunal Supremo, que, en sus *Estudios sobre la pena de muerte*, publicados el año 1872, en la *Revista general de Legislacion y Jurisprudencia* trató de demostrar cuánto la intimidacion ha sido, es y será el freno que detenga á los hombres en sus extravíos, y la barrera, que pare á los malvados, en la carrera del crímen, citó, en su décima-cuarta nota, algunos casos prácticos, de entre los cuales copiamos los siguientes:

Legrand, condenado á muerte en Saint-Omer —Francia— en Marzo de 1869, por ladron y asesino, declaró que habia asesinado, porque creia *que estaba suprimida la pena de muerte*.

Un artículo de Julio Simon, contra este castigo, decidió tambien á *Shuiller* á concertar con la mujer de un amigo suyo, con la cual tenia relaciones ilícitas, la muerte del marido, que en efecto realizaron.

«Ahora no hay gobierno, no hay gendarmes y nada se opone á nuestro propósito»—decia en 1871 un malvado á dos compañeros suyos, que recelaban entrar con él en un proyecto de robo y asesinato, temerosos del castigo, á que se exponian, y que, en efecto, les fué impuesto.

En las Cámaras francesas —añade tambien el Sr. Nandin— se discutió el año de 1830 la supresion de la pena de muerte, y varios asesinos llegaron á confesar, ante el tribunal, que se habian decidido á asesinar, en la creencia de que ya estaba abolida.

Véase, pues, como aquel resultado estadístico indudable y estos ejemplos vienen á contradecir la doctrina, que estamos combatiendo, y á demostrar, por otra parte, que la pena de muerte, como medio de intimidacion y correccion, es provechosa y conveniente.

Si con una pena capital, oportunamente impuesta, se logran estorbar, como es fácil y posible, dos ó tres ó cuatro asesinatos, la proporcion en-

tre el mal, que se causa, y los males, que se evitan, y la justicia de su compensacion son innegables.

El Sr. Gabba encuentra, además, defectuosos los datos estadísticos, de donde Mittermaier sacó sus deducciones; observacion de no excasa importancia, para tratar más á fondo esta cuestion; pero que consideramos agena á las condiciones de este libro, limitándonos, por lo tanto, á consignarla.

Tampoco ha de perderse de vista, cuánto la civilizacion y la educacion influyen en las costumbres de los pueblos, y cuánto han cambiado estas, en todos los países cultos; no habiendo términos de comparacion posibles entre la Inglaterra, por ejemplo, la Francia y la España de los siglos XV y XVI, y la Inglaterra, la Francia y la España del siglo, en que vivimos.

Segun un dáto auténtico, que tenemos á la vista, *setenta y dos mil personas* fueron condenadas á muerte y ejecutadas en Inglaterra, durante el reinado de Enrique VIII, en los treinta y ocho años, que mediaron desde 1509 á 1547; cifra, que espanta, y que por sí sola revela y confirma esa distancia que los tiempos, los hábitos y las costumbres han establecido entre los pueblos antiguos y modernos.

Y si, con relacion á España, volvemos la vista hácia los tribunales de la Fé y nos remontamos á la época de aquellos fallos inquisitoriales y de aquellos famosos autos, donde tanta sangre se derramó y en los que tantas víctimas fueron inmoladas, la demostracion anterior se acentuará todavía más y adquirirá seguramente mayor fuerza.

Y pues que de España somos, en España estamos y de España hablamos, consignemos todavía lo que aquí, en Madrid, en estos últimos años, por nuestros propios ojos hemos visto.

La ejemplaridad de la pena de muerte es indudable. Datos de otro órden lo atestiguan.

Comparemos los períodos anteriores con los períodos posteriores de las ejecuciones de *los hermanos Marinas*, autores del robo y asesinato cometidos en la calle de la Montera, y que tanto, por sus singulares y extrañas circunstancias, dió que hablar; de la *Bernaola* y su consorte *Cabezudo*, por el robo tambien y asesinato, verificado en la calle del Duque de Alba, cuyos horribles pormenores extremecen; de los asesinos y ladrones de la calle de la Esperancilla, y ellas, segun el testimonio de los anales judiciales de esta audiencia, que hemos registrado y fácilmente pueden registrarse, vienen á patentizar, de un modo ostensible, que los crímenes de esa índole y naturaleza, despues de cada ejecucion, fueron muchos ménos, con relacion á los que se solian cometer antes.

Esto es indudablemente que ese castigo capital impone, y si la inti-

midacion, que produce en el ánimo de los delincuentes, no se extinguiera con el tiempo, como con todo sentimiento del corazon sucede siempre, una sola ejecucion, convenientemente aplicada, no tan solo evitaria la perpetracion de otros crímenes, sino que, por lo mismo, haria menos frecuentes las ocasiones de la pena.

Pero nos vamos extendiendo demasiado en esto y nos precisa poner punto.

Antes, sin embargo, de seguir adelante en nuestros trabajos, séanos permitido consignar algunas últimas, ligerísimas indicaciones de otro género, que respecto de la pena capital nos sugieren las circunstancias y las condiciones, con que en España y fuera de España se ejecuta.

Hasta que haya en las cárceles un lugar destinado para la ejecucion pública de la pena de muerte—dice el art. 103 de nuestro Código de 1870—*el sentenciado á ella, que vestirá hopa negra, será conducido al patíbulo en el carruaje destinado al efecto, y donde no lo hubiere, en carro.*

La publicidad de la ejecucion de la pena de muerte, que es la que determina precisamente su ejemplaridad, perderia su verdadero carácter, desde el momento en que, verificada en lugar cerrado, siempre y por precision de corto espacio, no pudiera ofrecerse á la espectacion del pueblo, como medida y ocasion de la intimidacion y escarmiento, que se busca.

Lamentable es seguramente y repugnante el espectáculo, que presenta la plaza pública, ó el campo ó lugar público, donde el cadalso se levanta, durante aquellas horas más inmediatas, que preceden á la ejecucion de un reo; pero si con lo secreto ó ménos público del castigo, la intimidacion de otros criminales no se logra, la razon de utilidad, que por distintos jurisconsultos se combate, perderia su mayor fuerza.

Todavía no se ha borrado de nuestra memoria el dia 16 de Marzo de 1863, á pesar del tiempo trascurrido.

Eran las diez de la mañana.

Un cordon interminable de personas de ambos sexos, hombres y mujeres, jóvenes y viejos, pobres y ricos, industriales, empleados y artesanos; multitud de ómnibus, infinidad de carruajes de todas clases, atestados de gente, en todos sus asientos, desembocaban á precipitado paso por cuantas avenidas conducen á la plaza de Santa Bárbara, en la cual se halla situada la cárcel, que dicen *del Saladero*, extendiéndose en bulliciosa confusion, desde los mismos umbrales de sus puertas hasta el llamado *Campo de guardias*, donde se alzaba el lúgubre cadalso.

Algunos dias antes se habia cometido en Madrid y en su calle *de la Justa* un crímen espantoso, que excitó hondamente la indignacion general, hallándose altamente sublevada contra sus autores la conciencia pública.

El nombre de Eugenio Lopez Montero—nombre supuesto, porque el verdadero era Juan Martinez—corria de lábio en lábio.

Este hombre feroz, inhumano, sanguinario, como por fortuna habrá muy pocos, comprado por un puñado de plata, segun vehementes indicaciones de la causa, aun cuando no se llegó á probar debidamente, por un marido impío, bárbaro y cruel, vino expresamente á Madrid desde una de las provincias más lejanas, con el objeto de asesinar á una honrada y virtuosa madre de familia—doña Carlota Pereira—á la que ni de vista conocia.

Preciso fué, por consiguiente, que otro de sus consortes se la designase.

Una noche, despues de haberla estado expiando y acechando, en todos sus pasos, para mejor asegurar el golpe, siendo como la hora de las nueve, al verla cruzar, segun su costumbre, para retirarse á su casa por la calle de la Justa, acompañada de sus tiernas hijas, asestó contra ella su traidora daga, que le hundió en el corazon, dejándola cadáver.

Todos los detalles de este horrible crímen extremecen.

No fué extraño, pues, que el pueblo todo, más sobrexcitado cada dia, acudiera en tropel á presenciar la expiacion, por la justicia humana decretada, despues de larguísimas defensas y de larguísimos debates.

Juan Martinez, ó Eugenio Lopez Montero, murió al fin.

La multitud lanzó, en aquel momento supremo, un verdadero grito de terror; pero quedó satisfecha, retirándose despues lenta y silenciosa.

Muerto el asesino, la irritacion del pueblo se desvaneció delante del patíbulo: el castigo, sin embargo, no debió, no pudo ser estéril.

Pues si volvemos la vista al pueblo inglés, y en un dia de ejecucion nos trasladamos á su plaza de Newgate, en la cual se levanta el cadalso á la altura del primer piso de las casas, y penetramos en ella, y en las tabernas y cafés de sus contornos, la muchedumbre, apiñada y en horrible confusion, nos disputará á palmos el terreno.

Pero esto es natural y lógico.

La ejecucion de la pena de muerte es el final de un drama sangriento, de creciente interés, que tiene por argumento el crímen, cuyas escenas consisten en las diversas vicisitudes del proceso.

¿Cómo, pues, el público, que ha visto el principio, que ha seguido con sus ojos, con su pensamiento, con su progresiva curiosidad, el desarrollo, ha de renunciar á presenciar tambien el desenlace?

¿No es una verdad que el teatro, representacion ficticia ó figurada de nuestras costumbres y de nuestros vicios, enseña y moraliza?

Pues si los escarmientos aparentes corrigen, con mucha mayor eficacia deben corregir los escarmientos verdaderos.

Para mejor entenderlo así, hemos de tener presente, que, si bien al terrible espectáculo de una ejecucion capital, acuden muchos séres degradados, para quienes el patíbulo dá ocasion ó pretesto á repugnantes actos de embriaguez y otros escándalos, como si se tratase de una romería; la gran masa del pueblo va movida por resortes muy distintos, con el corazon sobrecogido, por la pavorosa y terrible majestad del acto supremo, que la justicia humana va á ofrecer ante sus ojos; no por mera curiosidad, bárbara y cruel; no por la satisfaccion de un capricho, que seria tan bestial como insensato, sino por un sentimiento de compasion y de piedad, del que nace despues la ejemplaridad y la enseñanza.

Y muchos padres, con este mismo objeto, llevan á sus hijos, y muchas madres á sus hijas, y muchos maestros á sus aprendices, y todos juntos, en fervorosa oracion, cuando el reo sucumbe, al golpe del verdugo, elevan sus ojos á Dios y le piden misericordia para él.

Esta—volvemos á decirlo—es la ejemplaridad del castigo; esta es la enseñanza.

No hace muchos años—lo recordamos todavía—una costumbre vulgar y algo bárbara, por cierto, explicaba más á las claras esta misma idea.

En el momento crítico de la ejecucion, cuando algun hombre, ya de alguna edad, tenia á su lado á un jóven, aunque no le conociera y le fuera de todo punto extraño, se volvia hácia él, y dándole una bofetada en la mejilla: «Toma—le decia—para que te acuerdes.»

No es por esto, que escribimos, que nosotros estemos en abierta oposicion con el espíritu más suave, y las tendencias más clementes de la ley moderna, no: las aceptamos, dentro de sus más prudentes límites, no pensando que el sostener dentro de ella la pena capital sea razon, y suponga ideas de antiguo fanatismo, como pretenden los que la combaten, ni creyendo tampoco que éstos obran dominados por ese vértigo de esceptisismo, descreimiento é impiedad, que aquellos les achacan.

«Algo debe de haber en la pena de muerte—decia un autor anónimo—algo de indefinible, fatal y necesario, de natural y hasta de *humano*, cuando vemos que en todos los pueblos y en todos los siglos, en todas las razas y en todas las latitudes, en todas las civilizaciones y bajo el imperio de todas las religiones, han existido el verdugo y el cadalso.»

La verdad es que la muerte nos aterra y nos espanta.

Ya se presente á nuestra imaginacion bajo el solemne, augusto y ma-

jestuoso ceremonial, de que el catolicismo la reviste, cuando el ministro del altísimo, precedido del sonido de la campanilla, y alumbrado por las antorchas de los fieles, se dirige, con el Santísimo Viático, á la morada del enfermo moribundo; ya la veamos en ese desamparo, en esa incomunicacion del reo con el resto de los hombres, cuando á solas con el sacerdote, procura conciliarse con su Dios, y á solas, despues, con el verdugo, va á dejar para siempre de existir, aun á los más descreidos y despreocupados, la muerte causa siempre horror.

Y ese horror instintivo, que produce, y ese miedo al dolor material de la separacion del cuerpo y del espíritu, y ese temor religioso del ignorado porvenir de la otra vida, en pocos corazones cristianos extinguido, á pesar de los alardes de incredulidad de la juventud del dia, son precisamente las raíces, de donde nace el fruto de la meditacion en unos, de la enmienda en otros, y del convencimiento de la legitimidad y de la justicia de la pena en todos.

Convengamos, pues, en que la muerte, como expiacion de los grandes crímenes, como intimidacion para los malvados, como enseñanza para el pueblo, no solamente es útil, sino en muchas ocasiones necesaria; por más que deba economizarse, dentro de una buena legislacion, cuanto, en sus costumbres públicas, el estado de la sociedad permita.

La duracion de las penas, sobre todo en España, y más en estos últimos tiempos, es puramente imaginaria.

Vamos á concretar en pocas líneas el pensamiento, el espíritu y la tendencia de los tres artículos, que comprende la Seccion 1.ª del capítulo 3.º del Código de 1870—29, 30 y 31—con las variaciones, que se observan, respecto de los de 1848 y 1850, trayendo con ellos á estas páginas la demostracion de la verdad, que acabamos de sentar.

La necesidad de las penas perpétuas, como de la pena capital, por triste que sea, es una verdad, que no puede negarse.

El Código de 1870, sin embargo, en su art. 29, ha avanzado, respecto de este particular, sobre los de 1848 y 1850, estableciendo la limitacion de las de cadena, reclusion y relegacion perpétuas y extrañamiento perpétuo.

Los condenados á ellas pueden ser indultados á los treinta años de su cumplimiento, salvos los casos, en que, por su conducta ó por otras

circunstancias graves, no fuesen, á juicio del Gobierno, dignos de la gracia.

Dice, á este propósito, un moderno comentarista, que las penas perpétuas son las penas de la desesperacion; puesto que interrogando al porvenir los condenados á ellas y no pudiendo encontrar otra respuesta que la de que deben sufrirlas mientras vivan, porque su destino ha de ser siempre entre los hierros y morir en ellos, ningun interés han de tener en mejorar sus costumbres ni otro pensamiento, que el de la fuga á toda costa.

Por esto hubo de creer que la reforma del art. 29 del Código de 1870, inspirando á los penados el afan de la libertad, dejándoles entrever un término á sus padecimientos y despertando su esperanza, es un gran paso dado en la ciencia penal, aunque de muy excaso valor, en sus resultados, atendidos el término medio de la vida humana y el espacio de tiempo, que para conseguir el indulto, se requiere.

No negaremos nosotros esta hermosa teoría del posible arrepentimiento, en los penados, por más que la práctica no responda con grande exactitud á ella; pero lo que sí podemos asegurar es, que hoy, con la reforma, antes, sin ella, en todo tiempo, y en el dia, más que nunca, los castigos perpétuos, con el notorio abuso, que se suele hacer de los indultos, casi han desaparecido de nuestra ley penal.

Lo hemos indicado ya, acabamos de repetirlo y antes de pasar adelante vamos á probarlo.

Entre otros decretos curiosos, por los fundamentos, en que las conmutaciones ó rebajas se han fundado, que seria prolijo enumerar, no hemos de prescindir de el de 22 de Febrero de 1875, publicado en la *Gaceta* del 2 de Marzo siguiente.

Antonio Víctor Gerindote y Eduardo Cedinilla fueron condenados á muerte, en causa, que se les siguió por el delito de robo con violencia é intimidacion, del cual resultó homicidio.

Uno de los considerandos del decreto, para la conmutacion de la pena impuesta, en la de cadena perpétua, y como fundamento de la misma, fué el de que *los procesados cometieron el robo en un momento en que hubo de cegarles la codicia.*

En la *Gaceta* del miercoles 2 de Junio de 1875 se concedió tambien indulto de la pena de inhabilitacion especial á un alcalde-corregidor, que fué procesado por prevaricacion, habiendo sido una de las razones en que la gracia hubo de fundarse, *la posicion social, que ocupaba el indultado.*

Con harto sentimiento estampamos en este libro las anteriores líneas subrayadas, por lo que nos duele dar ocasion á los tristes comentarios.

que de las mismas se desprenden; pero no podemos dispensarnos de ello, al objeto de comprobar la proposicion, que hemos sentado.

Si se indulta á los ladrones que roban y matan, porque al asesinato y al robo les induce la ceguedad de su codicia—condicion precisa en todos los ladrones—si por regla general, á toda conmutacion de la pena de muerte en la de cadena perpétua, sigue, más tarde ó más temprano, alguna rebaja de tiempo, por sucesos políticos ó fáustos acontecimientos especiales, y en todo caso, á los treinta años del cumplimiento de la misma, se obtiene el derecho de gracia, por ministerio de la ley, no puede negarse que implícitamente los castigos perpétuos han desaparecido de la nuestra.

Puede haberlo habido, pero no recordamos caso alguno de aplicacion del art. 29, porque raro habrá de ser el reo, condenado á cadena perpétua, que antes del tiempo prefijado en el mismo, no haya obtenido su licencia, en virtud de indultos generales ó parciales.

La ley 8.ª, tít. 40, lib. 12 de la Novísima Recopilacion prohibia la reclusion perpétua, limitando á diez años el tiempo de la condena, con destino á los arsenales; si bien podia ponerse en las sentencias la cláusula de *con retencion*, á fin de que el rematado no saliese de ellos, mientras no se le diese la licencia, segun por su conducta lograra merecerla.

Por punto general, todas las legislaciones extranjeras reconocen esa clase de castigos *á perpetuidad*, más limitados, en su imposicion, pero, en su ejecucion, mejor cumplidos.

Y cuando se acaba de decir y demostrar que las penas perpétuas en España, bien por la modificacion de la ley nueva, bien por la frecuencia y facilidad de la gracia de perdon ó indulto, pierden casi siempre su carácter primitivo y se convierten en transitorias, más ó ménos duraderas, pero al fin limitadas y extinguibles, fácil es comprender lo que acontece con las penas temporales, respecto de las cuales la benignidad suele ser mayor, y más grande la indulgencia.

Veinte años era el máximum que el Código francés señalaba á sus trabajos forzados temporales: igual tiempo el que fija el Código austriaco—en su art. 15—despues de establecer que la prision puede aplicarse por toda la vida del penado, y veinte tambien el que determinan los nuestros de 1848, 1850 y 1870, en cuyas disposiciones los tres están de acuerdo.

Hasta veinte y cinco años lo hubo de elevar el español de 1822, en su art. 24; á treinta el de Nápoles y tambien el de Napoleon—en el 9.º—con la particularidad el primero de estos tres y la circunstancia de que la reclusion no podia exceder de aquel límite, en las mujeres; debiendo ser perpétua para los hombres, que hubiesen cumplido los se-

tenta, segun las demás prescripciones, á que el mismo se refiere.

Pocas penas de alguna duracion habria, con esta ley, para los septuagenarios, que, naturalmente y por sí mismas, no se convirtiesen en perpétuas.

La idea de la division y duracion de las temporales responde al principio de la más aproximada proporcion, entre el delito y el castigo.

Esta medida, tan natural como justa, quedaba, segun nuestra antigua legislacion, al prudente arbitrio de los tribunales, que no tenian reglas fijas á que sujetarse; y si bien era notable la regularidad, con que se buscaba y encontraba en todos ellos, como instintivamente sometidos á una misma jurisprudencia, no por eso el sistema, en sí, dejaba de ser un tanto arbitrario y ocasionado á cierta clase de abusos, que la legislacion moderna ha logrado combatir.

Aparte las penas perpétuas, el *maximum* de veinte años, en las temporales—cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento—puede descender al *minimum* del arresto menor, que principia en un dia y acaba en treinta.

La divisibilidad entre esta y aquellas, en sus clases y grados respectivos, se halla subordinada á la especie de delito, que debe castigarse; á su mayor ó menor gravedad; á las circunstancias de su ejecucion; á las condiciones personales del culpable; de tal modo, que partiendo del arresto y concluyendo en la reclusion ó en la cadena, bien puede asegurarse que no habrá hecho punible, sometido á la accion de la justicia, que no encuentre, en toda esa extension de la escala gradual, la más proporcionada compensacion, dentro del criterio humano, entre la culpa y el castigo.

Y esto decimos, en debido y justísimo elogio de los legisladores de estos tiempos, españoles y extranjeros, que han dado, en esa division, un gran paso en la ciencia y en el mejoramiento de la ley penal; poniendo freno á la arbitrariedad, que lleva siempre el egoismo de los hombres, mucho mayor relativamente allí, donde el sistema de castigar es más vicioso.

«Sin libertad política es imposible mejorar esencialmente el sistem penal» ha dicho Rossi.

Y esta verdad la venimos viendo prácticamente y con mayor claridad, en nuestro país, de algunos años á esta parte.

La organizacion judicial y los procedimientos criminales se han resentido, en unos tiempos más que en otros, á medida que, con perjuicio del principio de verdadera nacionalidad, ha predominado en el poder público el sentimiento egoista del individualismo, desentendido, por completo, de los verdaderos intereses de los pueblos.

Épocas no muy lejanas pudiéramos citar, como ejemplos evidentes; pero sobre estar frescas en la memoria de todos aquellos de nuestros jurisconsultos y de cuantos, dentro de la ciencia del derecho moderno, vienen siguiendo y estudiando la marcha de nuestros *no siempre* progresivos adelantos, podrian suponer y significar ecos de pasiones políticas, muy extrañas á nuestro carácter, muy lejos de nuestra intencion y de nuestro ánimo, muy agenas de este libro y con indicarlas nada más nos contentamos.

Ello es que, dada esa nueva forma al castigo social, bajo las condiciones del art. 29 del Código de 1870—26 de el de 1848 y 1850—y por ese nuevo sistema de la division gradual; cuando la cadena, la reclusion, la relegacion y el extrañamiento, con los cuales se castigan los crímenes principales, aparte aquellos otros, que significan en el hombre la mayor perversidad posible, abrazan ese período de doce años y un dia hasta veinte años; cuando el presidio y la prision mayores, el confinamiento y la inhabilitacion empiezan en seis años y un dia, llegando á tocar al límite de aquellas; cuando el presidio y la prision correccionales y el destierro duran de seis meses y un dia hasta seis años—y aquí volvemos á echar muy de menos el presidio y la prision menores, por las razones que dijimos antes—y la suspension, desde un mes y un dia hasta seis años, y el arresto mayor desde un mes tambien y un dia hasta seis meses, y el arresto menor de uno á treinta dias, y la caucion todo el tiempo que los tribunales determinen; cuando el más y el ménos de todas estas penas tienen, á su vez, en otras disposiciones del Código un medio de regulacion, si no perfectamente igual, porque esto en la humana condicion seria imposible, lo más aproximado á la perfeccion, entre la equidad y la justicia, bien se puede pensar que, con tan grande adelanto, en la mayor parte de los casos, determinada la suma de culpabilidad, casi habrá de resultar muy aproximada, si no exactamente igual, á la suma de penalidad impuesta al reo.

Dice tambien el Código de 1870, en su art. 30, como decian los de 1848 y 1850—en el 27—que *cuando tales penas se deban imponer como accesorias de otras, tendrán la duracion que respectivamente se halle determinada por la ley*.

Para mejor explicar la doctrina, que la anterior disposicion encierra, tomaremos como ejemplo y anticiparemos los arts. 54, 55, 57 y 58 del Código novísimo—52, 53, 55 y 56—de los otros dos igualmente citados.

La pena de cadena perpétua, segun el primero de los tres, lleva consigo la degradacion, respecto de los empleados públicos, la interdiccion civil y la inhabilitacion perpétua absoluta, aunque el condenado

haya obtenido indulto de la pena principal, á no ser que se comprendiera en él expresamente.

La de reclusion perpétua lleva la inhabilitacion perpétua absoluta, con iguales condiciones.

La de cadena temporal, aparte la interdiccion civil del penado, durante el tiempo de su condena, lleva tambien la inhabilitacion absoluta perpétua.

La de presidio mayor, inhabilitacion absoluta temporal, *en toda su extension.*

Quiere esto decir, y tal es, en nuestro concepto, el espíritu del artículo 30, que las penas accesorias, cuando se imponen como principales—no siendo perpétuas—deben subordinarse á los tres períodos ó grados, en que se dividen todas las demás, *máximo*, *medio y mínimo*, segun las circunstancias del hecho y del culpable, pero que cuando han de aplicarse como accesorias, su duracion natural, segun la ley, es indivisible.

Por más que dadas las condiciones del hecho punible, el delincuente no merezca, por ejemplo, en cuanto á la pena principal, más que seis años y un dia de presidio, la inhabilitacion absoluta temporal, que consigo lleva, no podrá bajar de doce años.

Podrá sufrir la cadena temporal, en su grado mínimo; pero en tal caso, y aun extinguida ésta, la inhabilitacion absoluta para con él será perpétua.

Por el contrario; si la inhabilitacion, no siendo perpétua, como sucede en el caso anterior, y en las ocasiones de los arts. 54 y 55, porque entonces, como por sí misma se explica, no hay division posible, se impone como pena principal, podrá extenderse desde seis años y un dia hasta doce años; teniéndose en cuenta la agravacion ó atenuacion, que en el juicio pueda resultar para el culpable.

Y aun cuando la diferencia no importa, al objeto actual de la doctrina, que estudiamos, no queremos dejar de advertir que, segun el artículo 56 del Código de 1850, la inhabilitacion absoluta, que lleva consigo el presidio mayor, era perpétua; mientras que en el 58 de el de 1870, sólo es temporal.

Tambien se ha dado nueva y más ámplia forma de redaccion al artículo 31 de éste último, respecto del tiempo, en que comienza la extincion de las penas y duracion de las temporales, por más que, en sustancia, venga á decir lo mismo que el 28 de el de 1850, en sus dos párrafos.

El de 1848 era todavía más breve.

Optamos desde luego por las ampliaciones del que hoy rige; tanto

en cuanto que se trata de una materia no regularizada en la legislacion antigua, mal definida despues y que ha dado lugar á muchas dudas.

Esto, no obstante, y como más propias, en nuestro concepto, variaríamos sus últimas palabras de este modo:

Cuando el reo estuviese preso, la duracion de las penas temporales empezará á contarse desde el dia de la publicacion de la sentencia firme.

Todo proceso queda perfecto desde el momento, en que la sentencia firme se publica.

Esta sentencia, una véz publicada, cambia por completo, la condicion del procesado.

Antes de que ella recaiga y se publique, no se sabe si es culpable ó inocente, y la prision, en que se halla constituido, dado el caso de los delitos que la exigen, no significa el castigo, en que no ha podido incurrir, que no cabe sin el correspondiente juicio; sino la seguridad del indivíduo sospechoso, á las resultas de la causa.

Ya lo hemos dicho ántes.

La detencion y la prision preventivas de los procesados, segun el arculo 25, no son penas.

Dictado, por consiguiente, el fallo ejecutorio, ó se ha demostrado y declarado en él la inocencia del que, en un principio, pudo ser considerado como criminalmente responsable, en cuyo caso nada hay que decir: ó resulta delincuente y se le impone la pena en que ha incurrido, y entonces es indispensable averiguar y dejar consignado dónde empieza ésta y donde acaba.

Antiguamente, sin una disposicion concreta, acerca de este extremo, era la jurisprudencia corriente que empezase á correr desde el dia, en que se notificaba la sentencia al reo.

Esta práctica, sin embargo, no podia ménos de perjudicarle, en más ó ménos, toda vez, que desde su publicacion hasta la notificacion, más ó ménos largo, media siempre, y es preciso que medie, algun intervalo.

La duracion de las penas temporales—decia el Código francés en su artículo 23—*se contará desde el dia, en que llegue á ser irrevocable la sentencia.*

El nuestro de 1822 adoptó otro sistema diferente.

Segun su art. 28, la notificacion de la sentencia ejecutoria al reo debia ser la base de la extincion de la condena.

Esto, no obstante, le era abonable, como parte de pena, la prision que habia sufrido, graduándose cada seis meses de arresto ó de prision por tres de obras públicas, ó por cuatro de reclusion ó de presidio.

En vista de la vaguedad de estas disposiciones y de la falta de un principio fijo, á que los tribunales pudieran atenerse, el Código de 1850, yendo un poco más allá que el de 1848, estableció—en su art. 28—que la duracion de las penas temporales se empezase á contar desde el dia, en que la sentencia condenatoria quedase ejecutoriada; con la diferencia de que en las penas personales, así debia entenderse desde luego, respecto de los reos presos; pero no en cuanto á aquellos otros, que estuviesen en libertad, para quienes no surtiria efecto, hasta que se presentasen ó fueren aprehendidos.

La razon filosófica de esta distincion, que en otros términos aceptó el Código de 1870, no puede ser más clara; la de igualar la condicion de todos los que se hallan sujetos y sometidos al fallo de la ley.

Cuando el reo no estuviere preso—dice—*la duracion de las penas que consistan en privacion de la libertad, empezará á contarse desde que aquel se halle á disposicion de la autoridad judicial, para cumplir su condena.*

De no haberse dicho esto, y si el punto de partida debe ser en todo caso la publicacion de la sentencia firme, el beneficio evidente resultaría para el reo, que estuviese en libertad, á quien habria que computar, pocos ó muchos, los dias que mediasen hasta su aprehension, ó que tardara en presentarse; beneficio, que, con razon, no han podido consentir la ley ni la justicia.

Todavía el Código de 1870 ha añadido otro párrafo á su art. 31, segun el cual, *el extrañamiento, el confinamiento y el destierro no empiezan á contarse, sino desde el dia en que el reo ha empezado á cumplir su condena.*

Dada la disposicion del párrafo anterior, respecto de los reos en libertad, bien pudiera semejante declaracion parecer ociosa ó excusada.

No lo es, sin embargo, desde el momento, en que puede ocurrir el caso de que un reo, condenado á cualquiera de esas tres citadas penas, se halle preso, al tiempo de la publicacion de la sentencia ejecutoria.

Y aquí nos ocurre un dilema, que supone una especie de antimonia entre los expresados párrafos primero y tercero del expresado art. 31, y que hemos de apuntar, por si conviene su aclaracion, llegado el caso.

O el condenado á destierro, confinamiento ó extrañamiento, al publicarse la sentencia firme, se encuentra en libertad, y entonces está comprendido de lleno en el párrafo segundo, de que acabamos de hacer mérito; ó se halla preso, y, en este caso, el primero carece para él completamente de eficacia.

El tiempo de prision, posterior al fallo ejecutorio, hasta que empiece á cumplir su condena, constituirá un aumento de castigo, de todo punto contrario á lo que en aquel se determina.

Si, pues, ese párrafo tercero se suprimiera, no por eso el artículo quedaria menos perfecto.

Y hé aquí que, al tratar de este asunto, viénese á nuestra memoria el importante decreto de 9 de Octubre de 1853, discretamente aconsejado á S. M. por el ilustre marqués de Gerona, que aún sigue en vigor, y, segun el cual—en su art. 1.°—*á los reos sentenciados á penas correccionales ó á prision, por via de sustitucion ó apremio para el pago de multas, se les abona, para el cumplimiento de sus condenas, la mitad del tiempo que hubieren permanecido presos, quedando en su favor cualquiera fraccion de dias, que resulte en la rebaja.*

No á todos los reos sentenciados á penas correccionales es, sin embargo, aplicable el beneficio del abono.

Ni los reincidentes, en la misma especie de delito—segun se dispone en su art. 2.°—ni los condenados anteriormente, por otro de igual ó menor pena, ni los ausentes ó rebeldes, ni los acusados de robo, hurto ó estafa, que exceda de cinco duros, ó que no excediendo, tengan contra sí circunstancias notables de agravacion, pueden gozar de la Real gracia.

Bien se vé por estas excepciones y por la clase de penas, á que el abono de tiempo se limita, cuál ha sido su tendencia, justa ciertamente, y humanitaria y filosófica, y cuánto para ello se ha tenido en cuenta la siempre larga encarcelacion de todo procesado, y desde luego, y por lo mismo excesiva, respecto de aquel, que lo ha sido por uno de los delitos de ménos importancia, como son, por punto general, los que con aquellas se castigan.

Los tribunales—dice en su art. 3.°—*harán aplicacion de las anteriores disposiciones, al final de sus sentencias, y los fiscales las tendrán presentes para exponer lo que convenga en sus censuras.*

Es, por consiguiente, de rigor, que éstos, al pedir contra un procesado pena correccional, manifiesten, en su dictámen, si se halla ó no comprendido en el decreto de 9 de Octubre de 1853, y que así lo consigne tambien el tribunal á la conclusion de su sentencia.

Esto dicho, volviendo al art. 31 del Código de 1870, y por lo que hace á su párrafo cuarto, comprendido tambien, aunque en otros términos, y entonces sin aplicacion, en los de 1848 y 1850, preciso es escribir algunas líneas.

Veamos primero la forma de su redaccion ántes y ahora.

Decian los de 1848 y 1850.

Si se hubiese interpuesto recurso de nulidad ó de casacion, y por consecuencia de él se redujera la pena, se contará la duracion de ésta desde que se haya publicado la sentencia anulada ó casada.

Dice el hoy vigente:

Cuando el reo entablare recurso de casacion y fuere desechado, no se le abonará en la pena el tiempo trascurrido desde la sentencia de que recurrió hasta la sentencia que desechó el recurso.

Previsto este, como de todo punto indispensable, por los legisladores, autores de los dos primeros, y habiendo venido á ser un hecho, en estos últimos años, segun la ley provisional de 23 de Junio de 1870, modificada más tarde por la de 22 de Diciembre de 1872, dentro de la disposicion señalada con la letra (h) en la primera de las transitorias de la orgánica del poder judicial, bien hubiera sido determinar una regla nueva y más concreta, para graduar el tiempo de la duracion de las condenas, en las penas temporales, tanto en los casos de que el recurso sea desechado, como en aquellos otros, de que la sentencia recurrida sea casada.

Los Códigos de 1848 y 1850, que hablaban tambien del recurso de nulidad, se referian, en absoluto, á la ocasion en que, por consecuencia de la casacion, se rebajase la pena impuesta al delincuente: el de 1870 se contrae al caso del recurso entablado por el reo y no admitido ó desechado.

Los primeros, con un espíritu más filantrópico y humanitario que legal, retrotrayendo el principio de la penalidad, una vez rebajada por la sentencia del Tribunal Supremo, fijaron el dia de la publicacion de aquella, que en virtud de casacion fué modificada: el segundo se ha limitado á la denegacion de todo tiempo de abono, cuando el recurso es desechado.

Ambos extremos, en nuestro juicio, han debido ser objeto de la ley.

Establecida la casacion, si á ella se apela, bien por la parte actora

—si la hubiere— bien por el Ministerio fiscal ó por el reo, no cabe sentencia firme, hasta que dicta la suya el Tribunal Supremo.

Y si es que casando la recurrida, modifica la pena, en más ó en ménos; y si es que declara no haber lugar al recurso y lo desecha, en uno y otro caso el fallo, que en este grado último recaiga, debe ser la base, para principiar á contar el tiempo de la duracion de la condena.

En el primero, porque, aun cuando la pena impuesta sea más leve, en tanto que el Tribunal Supremo falla y decide, no hay sentencia firme; como no la habia en la legislacion antigua, una vez interpuesto el recurso de súplica, hasta que se llegaba á dar la de revista, que era la que causaba ejecutoria; en el segundo, porque mientras está pendiente el juicio y mientras se desestima el recurso—quien quiera que sea el que lo interponga— la que ha sido objeto del mismo ni se hace firme ni puede producir efecto alguno.

En buen hora, que, respecto de este particular, se tenga en cuenta lo que determina el art. 901 de la ley de Enjuiciamiento criminal, como excepcion de lo establecido en el 900; esto es, que la sentencia dictada en casacion por el Tribunal Supremo se ejecute por aquel otro, que hubiese pronunciado la casada, prévia la certificacion, que al efecto se le envie; pero esto no contradice ni en nada desvirtua la doctrina, que venimos sosteniendo.

Ni tampoco se opone á ella lo que dice el art. 913 de la misma, en sus dos párrafos, que son, por decirlo así, el complemento de lo que el Código dispone y acaba de explicarse; bien con relacion al reo condenado, que esté preso, bien respecto del que se halle en libertad.

Al estudiar esta materia, que nosotros concretamos á las disposiciones del Código penal, conviene no perder de vista cuanto sobre la ejecucion de las sentencias contiene el título 7.° del libro 2.° de la citada ley de Enjuiciamiento criminal, en cuyo análisis no hemos entrado de lleno, por no ser de este lugar.

Por lo demas y atendidas cuantas razones dejamos expuestas, desde luego creemos que el párrafo último del art. 31, con mayor exactitud acaso, se podria redactar de esta manera:

Entablado recurso de casacion, la sentencia que dicte el Tribunal Supremo será la única base, segun los casos, que en los tres anteriores párrafos se expresan, para contar y graduar el principio y duracion de toda pena.

Explicada ya, al tenor de lo dispuesto en la seccion primera del capítulo 3.° del libro 1.° del Código de 1870, la duracion de las penas, y al estudiar sus efectos, segun su naturaleza respectiva y con arreglo á lo establecido en los veinte y un artículos de su seccion segunda, esto es, desde el 32 hasta el 52, ambos inclusive, vamos á procurar toda la brevedad y concision posibles; no tanto por la demasiada extension, que van tomando nuestros trabajos, cuanto porque la materia, en ellos contenida, es por demás clara y sencilla.

Si en todas las cuestiones anteriores, de que hemos venido tratando en este libro, no hemos querido prescindir del estudio comparativo entre las disposiciones análogas de los Códigos extranjeros, los nuestros modificados de 1822, 1848 y 1850 y el hoy vigente de 1870, ni aun esta comparacion nos puede ofrecer resultado alguno práctico; toda vez que, en medio de su natural precisa semejanza, la inteligencia de todos es meramente de interpretacion gramatical.

Ni los unos ni los otros dicen, ni pueden decir, más de cuanto en ellos está escrito.

Para saber, por ejemplo, en lo que consiste la pena de inhabilitacion absoluta perpétua y cuáles son sus resultados, no hay más que leer los cuatro números del art. 32; así como para conocer lo que es caucion basta con fijarse en el art. 44 y ver cómo él la explica.

El análisis detenido de ambos, como de los diez y nueve que la seccion segunda del capítulo 3.° abraza, no podria ir más allá de una copia, casi literal, de cada uno, y en esta parte, bajo este punto de vista, y para evitar innecesarias y estériles repeticiones, los damos por reproducidos; llevando, sin embargo, nuestras observaciones sobre aquellos extremos, que merezcan alguna aclaracion, ó deban, en nuestro concepto, reformarse.

Aceptamos desde luego la redaccion moderna, que ha corregido la de los Códigos de 1848 y 1850, y nada tenemos que decir, respecto del art. 40, dadas las relaciones, que en el año de 1870 existian entre la Iglesia y el Estado y la situacion actual de ambas potestades, tampoco hoy de una manera cierta definida y cuya discusion, por lo mismo, careciendo de base en que apoyarse, hoy por hoy, al ménos, seria de todo punto estéril.

Esto aparte, siguiendo el órden de la numeracion correlativa, y aun cuando pueda aparecer, á primera vista, de importancia excasa, no hemos de prescindir de una indicacion, respecto del art. 50, en dos de sus frases, que acaso serian más propias, si se redactasen de otro modo.

Si el sentenciado —dice— *no tuviese bienes para satisfacer las respon-*

sabilidades pecuniarias, comprendidas en los números 1.°, 3.° y 5.° del artículo anterior, quedará sujeto Á UNA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA, *á razon de un dia, por cada cinco pesetas, con sujecion á las reglas que á continuacion se expresan.*

Parécenos demasiado vago, tratándose de una ley, eso de la sujecion *á una responsabilidad personal subsidiaria*, por insolvencia de *responsabilidades pecuniarias*, y desde luego sustituiríamos aquella primera frase, como más adecuada, con la de *apremio personal.*

Veamos la diferencia entre una y otra.

La responsabilidad, siquiera sea personal, no vá más allá de la obligacion, en que uno queda, de satisfacer por sí cualquiera pérdida, daño ó perjuicio, y caben en ella, mucho más cuando es tan indeterminada, atendida la locucion que usa la ley, tantas distinciones cuantas pueden nacer de ese mismo compromiso, en que, de una ó de otra manera, se constituye el obligado.

El apremio personal, por el contrario, tiene otra significacion mucho más concreta. Si en el lenguaje del foro, tomado en absoluto, supone cualquiera determinacion ó medida, que adopta un juez contra aquel que desobedece sus preceptos, estrechándole, por via de justicia, á que cumpla lo mandado; haciéndole llevar á la cárcel, poniéndole alguaciles de vista ó imponiéndole una multa, ello es que lleva siempre consigo la coaccion, como condicion propia y esencial del mismo, y desde el momento, en que se dice *personal*, no puede ménos de comprenderse que paga el apremiado con su cuerpo ó persona lo que no puede pagar de otra manera.

El orígen del *apremio personal*, en nuestra legislacion, es muy antiguo.

La ley 1.ª, tít. II, lib. 11, de la Novísima Recopilacion disponia que los alcaldes fuesen tenidos de compeler y apremiar los testigos, de que las partes se quisieran aprovechar, para que fuesen ante ellos á decir sus dichos, sobre cualquier pleito civil ó criminal, haciéndoles parescer ante sí, magüer que no quisieran, así por los bienes como por los cuerpos.

En este concepto se les apremiaba por medio de multas, ó poniéndolos en prision, hasta que juraban que decian la verdad sobre tal pleito.

Apremio eran tambien los medios bárbaros de que, antes y de igual modo, se solian valer los jueces para arrancar á los acusados confesiones, que no querian hacer de propia voluntad, con que se cometian gravísimos abusos.

El miedo á los dobles grillos, unas veces; el dolor causado por las esposas á brazos vueltos, otras, ó por la prensa aplicada á los pulgares, solian convertir, frecuentemente, en criminales confesos á los que dentro de su conciencia estaban inocentes.

Esto era verdaderamente horrible, y en alto grado desconsolador, y el Supremo Consejo, en 5 de Febrero de 1803, y Fernando VII despues, en 25 de Julio de 1814, dispusieron que no se pudieran usar tales apremios, ni género alguno de tormento personal, para las declaraciones y confesiones de los reos; prohibicion que, andando el tiempo, se consignó más ámpliamente, como puede verse en los artículos 7.° y 8.° del reglamento de 26 de Setiembre de 1835.

La palabra apremio se usa tambien, y con más frecuencia, en lo civil, donde tiene diversas y especiales condiciones; habiendo venido á reducirse, en lo criminal, á la prision subsidiaria, por via de sustitucion, como decia el Código de 1850, y en la cual, y por cuanto acabamos de exponer, parece que hay más propiedad y mayor exactitud.

Nosotros lo diríamos de este modo:

Si el sentenciado no tuviere bienes... quedará sujeto al apremio personal, á razon de un dia por cada cinco pesetas, etc.

La otra está en el número 3.° del mismo art. 50, y su aclaracion no sería ociosa.

Cuando la pena principal impuesta—dice—*fuese de reprension, multa ó caucion, el reo insolvente sufrirá en la cárcel de partido una detencion, que no podrá exceder en ningun caso de seis meses, cuando se hubiere procedido por delito, ni de quince dias cuando hubiese sido por falta.*

¿Y dónde—preguntamos nosotros—se habrá de sufrir esta última detencion, cuando de una falta es proveniente?

Pues segun la letra expresa y terminante de la regla 3.ª, que acabamos de copiar, no hay más sino que debe ser en la cárcel del partido, lo cual es de todo punto contrario á lo que en el art. 119 se dispone.

Por éso sería más claro y conveniente decir:

.....ni de quince dias, en el depósito municipal, cuando hubiese sido por falta.

En cuanto á los dos artículos siguientes, 51 y 52, una vez adoptada la frase de el *apremio personal*, que respecto del 50 dejamos apuntada, deberia cambiarse tambien, en igual forma, la de *responsabilidad personal*, que en ambos está escrita.

Y todavía, por lo que hace al 51, hemos de permitirnos algunas otras observaciones, en las que no sin razon—á nuestro entender—se podria fundar la reforma de su redaccion en estos términos:

El apremio personal no se impondrá al condenado á la pena de prision menor ú otra superior en la escala general, no pudiendo tener lugar en cuanto á las responsabilidades primera y tercera del art. 49, SIN EL ASENTIMIENTO DEL PERJUDICADO.

Nada de esto último dice el Código de 1870, ni decian los de 1848 y 1850, y, sin embargo, su conveniencia y su justicia no pueden ser más claras.

Las responsabilidades primera y tercera del art. 49 consisten en la reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios y en las costas del acusador privado.

Si este los satisface por sí, salvo el derecho, que pueda despues corresponderle, ó si renuncia, como está en su voluntad, á que se le repare ó indemnice, necesariamente pierde el apremio personal su razon de ser, y por esto, y antes de llevarse á efecto, deberian los perjudicados prestar su asentimiento.

Comparada además esta seccion segunda, que venimos analizando, con la misma del propio capítulo, título tambien 3.° del Código de 1850, echamos, igualmente, de ménos, como ya en otra parte dejamos indicado, el art. 42, referente á los efectos de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, que, en la escala general de las penas de el de 1870, ha sido suprimida.

Hemos expuesto, líneas más arriba, la importancia que dan á esta pena las legislaciones extranjeras; cuanto tiene de filosófico y altamente moral el principio, á que responde y cómo por qué, en nuestro sentir, llegada la ocasion de otra reforma, deberia ser restablecida.

Y al consignarlo así, cuando una larguísima experiencia nos ha demostrado que la sujecion á la vigilancia de la autoridad, siendo de los castigos más suaves, que pueden imponerse á los culpables, ha evitado, seguramente, en muchas ocasiones, la repeticion de hechos punibles, que, sin ella, se hubieran cometido, razon, por sí sola, de grandísima importancia; cuando, con ligerísimas trabas ó condiciones, que en nada cohartan la libertad del indivíduo, le llevan por la senda del trabajo, que es el que más directamente va á la moralidad y á la virtud, buscando de este modo un bien real, seguro y cierto para la sociedad y no menos positivo para el mismo, á quien castiga, no habrá de extrañarse que nosotros consideremos, de todo punto necesario, otro artículo, en la seccion

que examinamos, más explícito, en sus prescripciones, que el 42 de los Códigos de 1848 y 1850, y que podria decir de esta manera:

La sujecion á la vigilancia de la autoridad produce en el penado las obligaciones siguientes:

1.ª *La de manifestar el punto en que se proponga fijar su domicilio á la autoridad judicial, la cual lo pondrá en conocimiento de la administrativa, á quien corresponda, á no ser que se halle á disposicion de esta última, en cuyo caso la manifestacion la hará á la misma.*

Si el penado eligiese despues nuevo domicilio, la autoridad administrativa le facilitará una hoja de ruta, con itinerario expreso y designacion en ella del tiempo, que pueda detenerse en los puntos intermedios, que deberá ser visada por los alcaldes respectivos.

2.ª *La de presentarse dentro de las primeras veinte y cuatro horas de su llegada al del pueblo elegido, el cual ha de vigilarlo.*

3.ª *La de avisar al mismo cinco dias antes, si trata de mudar de residencia, á fin de que al expedirle tambien hoja de ruta, en los términos expresados, pueda ponerlo en conocimiento del alcalde, á quien por el cambio quede sometido.*

4.ª *La de adoptar oficio, arte, industria ó profesion, si no tiene medios propios y conocidos de subsistencia, quedando igualmente obligado al cumplimiento de los reglamentos y demás prescripciones generales, que para estos casos se hayan adoptado.*

La autoridad administrativa pondrá en conocimiento de la judicial, que haya pronunciado la sentencia, todos los cambios de domicilio del penado.

Esto dicho, y entrando ahora en el exámen de las penas, que llevan consigo otras accesorias, segun la seccion tercera del mismo capítulo, en que nos venimos ocupando, designadas con la suficiente claridad en sus once artículos—del 53 al 63—que, dado el caso de aumentarse el que dejamos indicado, para la sujecion á la vigilancia de la autoridad, serian del 54 al 64, muy poco habrémos de decir, puesto que ellos se explican y se comentan por sí mismos.

Los legisladores modernos, ampliando cuanto les ha sido posible su

acertado sistema de equitativa proporcion, entre los delitos y las penas, y buscando, entre estas y aquellos, la mejor compensacion, no creyeron que las llamadas principales bastasen, por sí solas, para llenar cumplidamente su objeto, y bajo este punto de vista, crearon otras de segundo órden, que calificaron de accesorias, y que igualmente, para evitar toda arbitrariedad, han definido.

Los expresados once artículos determinan la relacion precisa, que existe entre las unas y las otras.

La pena de muerte, cuando no se ejecutare, por haber sido indultado el reo—dice el art. 53 del Código de 1870—*llevará consigo la inhabilitacion absoluta perpétua, si no se hubiese remitido especialmente en el indulto dicha pena accesoria.*

Estas tres últimas palabras, como cuestion de estilo, nos parecen de todo punto supérfluas, puesto que sin ellas queda perfectamente explicado el pensamiento; pero prescindamos de esto.

La pena de muerte, cuando no se ejecute, por haber sido indultado el reo—decian los Códigos de 1848 y 1850 en su art. 50—*lleva consigo las de inhabilitacion absoluta perpétua y* SUJECION DE AQUEL Á LA VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD POR EL TIEMPO DE SU VIDA.

Ni en uno ni en otro figuraba esta última, como pena accesoria, sino únicamente en el concepto de correccional, y, sin embargo, no solo se designó como de segundo órden, para los casos de la pena de muerte, una vez indultado el reo, sino tambien, en igual circunstancia, para los condenados á cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento perpétuos, cadena, reclusion, relegacion y extrañamiento temporales y presidio mayor, que la llevaban consigo, salva la gracia especial de indulto, segun queda indicado.

Parecia, pues, natural que así como designaron en su art. 25, en el sentido de accesorias, las penas de inhabilitacion y suspension para cargos públicos, derechos políticos, profesion ú oficio—aflictiva la una y correccional la otra—en los casos en que, no imponiéndolas la ley, declara que otras la llevan consigo; lo hubieran hecho tambien, respecto de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, de índole correccional, como la suspension y á la cual dieron igual doble carácter.

Esto no obstante, lo que en ellos no se dijo, por más que se debió haber dicho, quedó perfectamente demostrado y entendido en los artículos 50, 52, 53, 54, 55 y 56, que indudablemente subsanan la omision.

Y si al tratar nosotros de la escala general de las penas, habiendo hecho notar entonces y combatiendo desde luego la supresion, entre las correccionales, de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, nos limitamos á exponer en favor de su restablecimiento cuantas razones estimamos oportunas, y si no la incluimos en ella, fué, porque naturalmente debimos concretarnos al estudio comparativo de las disposiciones, en la actualidad vigentes, que son nuestro objeto principal, y tambien porque creimos que este de ahora podria ser el lugar más adecuado para ello.

Y en efecto: expuesta ya nuestra opinion sobre la conveniencia del restablecimiento de la referida pena; demostradas las razones legales y filosóficas, en que la apoyamos é insistiendo en la idea de considerarla necesaria, hasta el punto de proponer la adicion de un artículo, no podemos prescindir, como consecuencia natural y lógica, de afirmar y sostener que aceptado el pensamiento, debe figurar entre las correccionales, por ser su índole propia, y además, entre las accesorias, á continuacion de las inhabilitaciones, para los mismos casos y ocasiones que estas se designaron, y que en este concepto y bajo tal punto de vista, puede y debe añadirse en los artículos correspondientes de la seccion tercera del tercer capítulo del Código de 1870, antes referidos, en perfecta armonía con los análogos de el de 1850, á los cuales, para mayor brevedad, nos referimos.

Explicado, pues, en absoluto cuanto sobre el particular hemos creido útil, vengamos ahora al exámen de algunos otros puntos secundarios, como excepcion de esas mismas disposiciones, que acabamos de apuntar y que no, por de ménos importancia, dejan de merecer observaciones especiales.

No hay para qué repetir que la gracia de indulto puede alcanzar á todas las penas principales y accesorias, que á los reos sentenciados sean impuestas.

Esto es de suyo elemental, y salva una conveniente excepcion, respecto á la de muerte, teniendo en cuenta el violento sentido, que en la frase pudiera resultar con su omision, parece, que sin necesidad de repetirlo, así se deberia entender, con relacion á todas las demás penas no expresamente remitidas ó indultadas.

Por esto es, que si en ellos fuéramos consultados y valiera nuestro voto, se omitiria desde luego, por inútil, en el párrafo segundo del artículo 54, como se omitiria tambien, en el primero, por innecesario, el segundo extremo de la condicion con que termina.

Cuando el empleado público, por razon del cargo que ha desempeñado, no ha llegado á entrar en el goce de preeminencias ó prerrogativas especiales, que son las que pueden imprimir en él ese carácter perma-

nente, de que la ley habla, la degradacion para con él sería ridícula.

A ninguno se le puede privar de aquello que no tiene.

Se comprende, á primera vista, que á un ministro, por más que no se haya dado el caso, á un consejero—por ejemplo—ó á un juez, cuyo carácter respectivo es en todos ellos permanente, habiendo cometido un grave abuso en el ejercicio de su cargo, se les condene á la degradacion y sean despojados en audiencia pública, como dice la ley, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones, que en su virtud hubieron adquirido; lo que no se comprende, ni puede suponerse, es ese despojo para con un empleado en la Direccion de Contribuciones, ó en la Renta de Aduanas, ó en cualquiera otra dependencia del Estado, cuando, por el mero hecho de cesar en sus destinos, en consecuencia del delito cometido, dejan de ser todo lo que fueron.

El art. 54, por lo tanto, ó bien 55, aceptado el referente á la adicion, de que más arriba hicimos mérito, podria redactarse de otro modo.

La pena de cadena perpétua—diríamos nosotros—*lleva consigo las siguientes:*

1.ª *Degradacion, en el caso de que la pena principal se imponga á un empleado público, por abuso cometido en el ejercicio de su cargo.*

2.ª *La interdiccion civil.*

3.ª *Inhabilitacion absoluta perpétua.*

4.ª *Sujecion á la vigilancia de la autoridad durante la vida del penado, en el caso de haber obtenido indulto de la pena prnicipal.*

No hay para qué explicar la necesaria razon de esta última cláusula.

Dada la pena principal, ella por sí sola lleva consigo la accesoria.

Pero aún nos ocurre otra observacion, sobre lo mismo.

Segun el Código de 1850—en su art. 54— cuyo restablecimiento venimos considerando de notoria utilidad, el extrañamiento llevaba consigo, como accesoria, la sujecion á la vigilancia de la autoridad, por todo el tiempo de la vida del penado, aunque obtuviese indulto de la pena principal.

En este último caso, nada hay que decir; porque si no llegaba á salir de España, quedaria sujeto, para con las autoridades españolas, á las reglas consiguientes.

Expulsado, sin embargo, para siempre del territorio español, como dice el art. 112 del Código de 1870 y decia el 103 de el de 1850, cuando el extrañamiento fuese perpétuo, ó por todo el tiempo de su condena, siendo temporal, y ni en este ni en aquel caso indultado, ¿á cargo de

quién habrá de estar su vigilancia, dentro de las prescripiones terminantes de la ley?

Hé aquí una, que pudiera decirse cuestion de derecho internacional, acerca de la cual, durante los veinte años que el Código ha estado en vigor, nada se ha escrito, y de la que, no, por clara que parezca, debe prescindirse enteramente.

Las leyes se escriben para que sean observadas puntualmente.

Cuando su exacto cumplimiento es imposible, mejor es que se omitan.

En todas las legislaciones extranjeras encontramos establecido el extrañamiento, si bien más ó ménos limitado y con diversas condiciones, en las unas que en las otras.

La índole de esta pena es especialísima.

El art. 50 del Código del Brasil ha dicho, que el culpable, sentenciado á ella, queda privado de los derechos de ciudadanía, é incapacitado para siempre de habitar en el territorio del imperio.

Tanto el Código francés—en su art. 32—como el de Napoleon—en el 15—determinan, á su vez, la forma del extrañamiento, que consiste en la conduccion del reo, por órden del Gobierno, fuera del territorio del reino, sin que pueda jamás volver á él, cuando es perpétuo, ó siendo temporal, hasta que cumpla su condena.

Más escrupuloso el de Austria, como se vé en su art. 22, si bien acepta esta misma pena, la limita á los delincuentes extranjeros; pensando, acaso, que ningun Gobierno tiene derecho ó facultad propia para deshacerse de los naturales del país, que dan motivo para ella, y enviarlos á extraño territorio, donde puedan, por sus malos hábitos, producir algun conflicto.

Bajo este punto de vista, por consiguiente, y con relacion á la pena accesoria de sujecion á la vigilancia de la autoridad, se nos ofrece la cuestion.

No hemos de remontarnos, para resolverla, á los tiempos antiguos, en que los reyes mandaban salir á sus vasallos, ó los expelian del territorio de su mando, como en España solia acontecer, segun las leyes 10, 11 y 12, tít. XXV, Part. 4.ª, con los ricos-hombres, ó títulos de Castilla, por maldades, que hubiesen hecho en la tierra, por delito de traicion ó alevosía, ó con los eclesiásticos inobedientes y perturbadores de la tranquilidad pública; facultad que se consideraba, dentro de la vía gubernativa, como una de las principales prerrogativas de la soberanía real, y como el medio más seguro, en ocasiones dadas, de afianzar en el país el órden y la paz.

Hoy el extrañamiento, como la relegacion y como el destierro, clasi-

ficado antes de otro modo por el art. 11 del reglamento de 26 de Setiembre de 1835, se halla reglamentado en la ley penal, y aun cuando el *salus populi*, que cada Gobierno entiende á su manera, hace alguna vez, ó algunas veces, que el poder ejecutivo la olvide y desatienda, no es este el terreno, en que nosotros debemos colocarnos.

Convengamos, ante todo, en que la pena que examinamos se impone por punto general como castigo de delitos políticos; circunstancia que no debe olvidarse.

Hoy por hoy, aunque con arreglo al art. 6.° de la Constitucion de 1869, reproduciendo en esto disposiciones fundamentales anteriores, solamente los tribunales pueden acordar, dentro de las formas comunes del procedimiento, la traslacion de domicilio de los ciudadanos; traslacion que, por otra parte, y segun el art. 31, no puede extenderse más de doscientos cincuenta kilómetros de su residencia, la razon política prescinde muchas veces de semejantes requisitos.

Si nos fuera lícito volver la vista atrás ó pudieran ó debieran ser objeto de este libro recuerdos ya pasados, muchos y muy graves ejemplos podriamos traer á él, para demostrar, que en todos los tiempos, en todas las situaciones y con todos los gobiernos, cualquiera que haya sido la forma aparente, que, con más ó ménos franqueza, con mayor ó menor hipocresía, se hayan adoptado, las Constituciones vigentes han sido siempre lo de ménos y las deportaciones y los extrañamientos, con olvido absoluto del Código y sin intervencion de los tribunales, se han repetido con sobradísima frecuencia y con más acaso de arbitrariedad que de justicia.

Pero todo lo que está fuera de ley está fuera de estas páginas y no ha de venir de modo alguno á ellas.

El extrañamiento—si así puede decirse—es una verdadera antítesis de la extradicion.

Siendo, pues, constante jurisprudencia internacional, á la que todos los gobiernos, por regla comun, se hallan obligados, que aquel, que habiendo delinquido en un país, se refugia en otro, no puede ser detenido ni juzgado en éste, así como tampoco entregado al gobierno de aquel, si lo reclama, salvos los casos de convenciones diplomáticas especiales, ó cuando el soberano, en cuyo territorio toma asilo, considera grave y muy atendible la razon de la potencia reclamante; de la misma manera parece que debiera ser convencional, ó estar sujeto á reglas mútuas, el envio de esos hombres díscolos y peligrosos de un país á otro, perpétua ó temporalmente, á fin de que, puestas siempre de acuerdo, las autoridades respectivas pudieran vigilar sus pasos y estar á la observacion de su conducta.

Nada, como acabamos de indicar, se ha legislado, ni aun en ocasion más oportuna, acerca de esto.

Suele suceder, á veces, que en virtud de órdenes ó encargos meramente gubernativos, los agentes consulares por sí, ó excitando el interés de los gobiernos ó autoridades locales competentes, vayan sobre los culpables extrañados y estén á la mira de sus actos; pero esta es una especie de vigilancia oficiosa, que en nada se asemeja ni en nada llena las condiciones que el Código establece.

No cabe, por lo tanto, combinacion práctica entre los arts. 54 y 103 de el de 1850, ni cabria tampoco en el de 1870, si en iguales términos y respecto de este extremo se aceptase la reforma.

El extrañamiento perpétuo debe llevar consigo la sujecion á la vigilancia de la autoridad por toda la vida del penado, cuando éste obtenga indulto de la pena principal; pero no mientras resida en un país extraño; aclaracion, que aun cuando se subentienda, no es ociosa y que, en nuestra opinion, establecida aquella pena accesoria, debe consignarse.

El extrañamiento temporal—y esto tambien se explica por sí solo—coloca al penado en situacion análoga, por el tiempo que dure la condena principal, quedando luego, ó si obtiene gracia igual, en condiciones idénticas á las de cualquiera otro de los condenados á sufrir aquel castigo.

Por lo demás y para concluir acerca de las penas, que llevan consigo otras accesorias, nos limitaremos á consignar que habiendo manifestado antes nuestra fundada creencia de que ni el presidio ni la prision menores debieron haberse suprimido, como se ha hecho en el Código vigente, si llegara el caso de restablecerlos, podria añadirse, respecto del primero, eso mismo de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, en los términos que el art. 57 de el de 1850 determina.

Hemos hablado de las penas en general, de su clasificacion, de su duracion, de los efectos que producen y de aquellas que llevan consigo otras accesorias, y ahora nos toca consagrar á su aplicacion algunas líneas.

La base esencial de esta doctrina está, por un lado, en la ley penal que se infringe y, por otro, en el castigo, que, por la infraccion, se impone.

La relacion entre el deber quebrantado y la expiacion, por parte de aquel, que lo quebranta, determinan el tanto de la penalidad, que ha de aplicarse.

La realidad moral del hecho punible, objeto de la pena, puede presentarse, no obstante, ante los tribunales de justicia bajo aspectos y formas diferentes; puesto que no siempre los que conciben un plan criminal consiguen su deseo.

Desde el momento, en que se intenta, hasta aquel otro, en que se consuma, hay una larga distancia, en que la escala general de las penas se marca por los diversos grados, á que el delincuente llega y que sirven para fijar de una manera más perfecta la responsabilidad, más ó ménos grave, que contrae.

Este es el complemento del sistema, que antes hemos indicado y que consiste en la más equitativa proporcion entre el mal que se causa y la pena que se sufre.

Si bien los límites de la justicia moral son indefinibles, la ley, que para contener y reprimir todo abuso, ha dado á sus sanciones expresas un aumento progresivo, segun la naturaleza de los hechos en ellas comprendidos, ha buscado tambien reglas precisas, para aquellos casos, en que no lleguen á verificarse ó realizarse en toda su extension; porque si bien la idea del culpable, desde el momento en que se propuso delinquir, es siempre una, no siempre el daño, en su ejecucion, responde á ella.

De aquí, pues, la tentativa de delito y el delito frustrado, en cuya distinta esfera ejerce la ley su saludable influjo; bien que el proyecto criminal se haya desenvuelto hasta donde en lo posible pudo haber llegado la voluntad del agente, que no logró, sin embargo, su mal propósito, por causas independientes de la misma, bien que, sin desistir *motu propio*, tropieza con algun accidente imprevisto que lo estorbe, como en oportuno lugar manifestamos y no hay necesidad de repetir.

La escala general de las penas responde á la escala gradual de la responsabilidad de los que dan lugar á ellas.

La tentativa de delito representa un grado; el delito frustrado otro, el consumado otro, del propio modo que, en progresion ascendente ó descendente, el autor, el cómplice, el encubridor, el que tiene contra sí circunstancias agravantes ó en su favor atenuantes, significan respectivamente esa misma gradacion, que la ley ha procurado apreciar con el más cumplido acierto, para que la distribucion proporcional, entre los delitos y las penas, se aparte de toda arbitrariedad y sea siempre justa y puntualmente cumplida.

Esta es, por consiguiente, la tendencia de los artículos que comprenden las tres secciones del cap. 4.º del lib. 1.º del Código de 1870, objeto, al llegar aquí, de nuestro estudio.

Las dividirémos, sin embargo, como para mayor claridad la ley misma las divide, y trataremos, por separado, de los puntos en cada una de ellas contenidos.

Notable, por más de un concepto, es la variacion, que en esta parte, se observa entre los Códigos de 1848 y 1850 y el que en la actualidad está vigente.

Los siete artículos que abrazaba en aquellos la *seccion primera* se han elevado, en este último, á catorce.

El principio y el fin, á que estos y aquellos obedecen son, no obstante, en ambos unos mismos.

No hay más, sino que en el de 1870 se han explanado de otro modo las ideas y se han dado nuevas y acertadas reglas, como, por ejemplo, las de los arts. 65 y 76, que en los anteriores no existian.

Buena es la mayor claridad en toda ley, siempre que se excuse lo difuso, y bien están, por consiguiente, en la nueva esas aclaraciones que ha llevado á ella la reforma.

Prescindiendo del art. 64, cuyo principio, exactamente igual al consignado en el 60 de los de 1848 y 1850, viene á constituir la base y fundamento de toda division, en la aplicacion de las penas, que no pueden ser otras, que aquellas que por la ley se hallen señaladas de antemano para los delitos ó las faltas, y que siempre se han de entender respecto de los que han llegado á consumarse; la primera alteracion, que el de 1870 nos ofrece, la encontramos en las tres reglas de su citado art. 65, dadas para los casos, en que aquellos sean distintos, de los que se hubiesen propuesto ejecutar los delincuentes.

Todo el artículo es enteramente nuevo, hijo de las observaciones, que la práctica de los otros Códigos ha traido consigo, y se avienen bien con la mayor claridad indispensable en toda ley.

Tanto puede el culpable ejecutar un hecho, que, siendo distinto de aquel, que se habia propuesto, tenga señalada en el Código mayor ó menor pena.

Y como el castigo debe necesariamente responder al daño producido, las reglas 1.ª y 2.ª determinan la forma, en que respectivamente ha de imponerse.

Si la pena del delito ejecutado es más grave que la de aquel otro, que estuvo en su deseo; como quiera que el mal causado, aunque no con entera voluntad por parte suya, resulta ser mayor, se le debe imponer la correspondiente al que fué objeto de su intencion, pero en su

grado máximo, porque en algo más ha de pagar aquello que hizo, siquiera no hubiese querido avanzar tanto.

En cambio, si la pena del delito ejecutado es menor que aquella del que fué su pensamiento, menester es, no precisamente que pague la del hecho más grave, que trató de realizar, puesto que no llegó á lograrlo, pero sí la del que ejecutó, en su grado máximo tambien, como justa expiacion de la mayor perversidad, con que procedió, en el acto punible, cuyas consecuencias no dejaron por completo satisfecho su deseo.

Ejemplo de uno y otro caso.

El art. 562 del Código de 1870 castiga con la pena de cadena temporal á cadena perpétua al que incendia una alquería, sabiendo que dentro de ella hay una ó más personas.

El 566 con la de presidio correccional, en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio, al que incendia un edificio destinado á habitacion, en lugar despoblado, esto es, una alquería, cuando el daño excediere de diez mil reales.

Enemigo del dueño de la misma y acechando, en su idea de venganza, la ocasion, en que se halle dentro de ella, llega uno y la hace arder, y arde en efecto.

El dueño, sin embargo, ha salido antes, sin que lo haya visto el incendiario.

En este caso, el hecho ejecutado es el señalado en el número 1.° del artículo 566, distinto del previsto en el 562, que fué el que se propuso el delincuente, y por este segundo, que, aunque no realizado, fué su objeto, la pena imponible debe ser la de presidio mayor, en su grado medio, como máximo de la que la ley marca al delito cometido.

Pero no es que el culpable sepa que dentro de la alquería hay una ó más personas, sino que su única intencion es destruirla.

El dueño, sin embargo, ha penetrado en ella, sin que lo haya visto el delincuente, y perece en el incendio.

En este otro caso, el hecho ejecutado es, indudablemente, el del artículo 562, distinto del que castiga el 566; pero como en el ánimo del incendiario no estuvo el homicidio, sino el incendio únicamente, no sufrirá la cadena, temporal ó perpétua, segun el primero de aquellos, sino el presidio mayor, en su grado medio, como máximo de la pena que la ley señala al que se habia propuesto ejecutar.

El pensamiento filosófico, á que responden ambas reglas, no es otro que el de tomar por base de la responsabilidad, siguiendo en ello el sistema de proporcion, que antes hemos indicado, la verdadera intencion del culpable, que si no debe pagar en justicia daño que no hace, no ha de quedar sin castigo por el que proyecta; viniendo á equipararse estos

casos á los de tentativa ó delitos frustrados, cuya penalidad explica la ley más adelante.

Por esto es tambien que en la regla 3.ª del mismo art. 65 se dispone que estas otras dos anteriores, de que acabamos de hablar, no son aplicables cuando los actos ejecutados constituyen además tentativa ó delito frustrado de otro hecho, si los castigara la ley con mayor pena; en cuyos casos respectivos se debe imponer en su grado máximo la que al delito frustrado ó á la tentativa corresponda.

El legislador ha tenido en cuenta para ello —así es al ménos de pensar— la importantísima razon de que hay ocasiones, en que por su carácter especial y por su índole, ciertos actos justiciables se elevan en su inmoralidad á tanta altura, y su trascendencia es tan profunda, que á pesar de no haber pasado de mera tentativa ó puestos en ejecucion se hayan frustrado, la responsabilidad del culpable no puede quedar sujeta á las prescripciones generales, debiendo sufrir, en toda su plenitud y sin rebaja alguna, el mismo castigo que si lo hubiese consumado.

La seduccion de tropa española —por ejemplo— para que se pase á las filas enemigas, se castiga en el art. 137 del Código de 1870 con la pena de cadena perpétua á muerte, si se consuma, y con la misma, si se frustra.

El rejicidio frustrado, segun el art. 158, y la tentativa del mismo delito, llevan consigo la pena expresa de reclusion temporal en su grado máximo á muerte.

En ninguno de ambos casos tiene aplicacion la regla 2.ª del art. 65, cualquiera que háya sido el propósito del delincuente, si el delito que llega á ejecutar tiene pena menor que el rejicidio frustrado ó intentado, ó la seduccion no consumada de tropas españolas; debiendo imponérsele, en su grado máximo, la señalada expresamente por la ley para estos casos.

Ni la tienen tampoco los siguientes artículos 66 y 67, por los cuales se rebaja en uno ó dos grados la referente al delito frustrado ó tentativa de delito; sino que fijando el Código una penalidad concreta, no hay para qué tener en cuenta si el hecho se frustró ó no pasó de tentativa, ni más que las circunstancias atenuantes ó agravantes que deban apreciarse.

Las hubo solamente de agravacion en la seduccion de la tropa, pues la regla 1.ª del art. 81, esto es, la pena capital: no las hubo de atenuacion ni de agravacion, ó sólamente atenuantes, pues las reglas 2.ª y 3.ª, y por ellas la cadena perpétua, que en el caso propuesto es la menor.

Los artículos 66 y 67 se contraen á las ocasiones, en que el hecho punible —sin pena especial— se frustra ó no pasa de tentativa, como el 68 se contrae á los cómplices de un delito consumado, y el 69 á los

encubridores de un delito frustrado, y el 72 y el 73 á los que en uno ú otro concepto lo son de la tentativa de un delito.

La extructura de estos seis artículos forma una escala descendente de penalidad, que abraza cuatro grados, tomando por base la inmediata inferior á la señalada por la ley para el delito consumado.

Dentro de sus disposiciones literales, que no hay para qué copiar ni comentar, pues basta su lectura, viene á producirse, bajo sus diferentes puntos de vista, esta rebaja:

Autores de un delito frustrado................. Cómplices de un delito consumado.............	Un grado.
Autores de tentativa de delito.................. Encubridores de un delito consumado.......... Cómplices de un delito frustrado...............	Dos grados.
Encubridores de un delito frustrado............ Cómplices de tentativa de delito...............	Tres grados.
Encubridores de tentativa de delito............	Cuatro grados.

Esto, no obstante, cuando el encubrimiento ha consistido en dar albergue, en ocultar ó en proporcionar la fuga al culpable, si es que ha intervenido abuso de funciones públicas, por parte del encubridor, la pena para éste, con arreglo á la excepcion del art. 74, será la de inhabilitacion perpétua especial, siempre que el delincuente encubierto sea reo de delito grave y las de inhabilitacion especial temporal, si lo es de delito ménos grave.

Y lo mismo que hemos dejado consignado más arriba, debe entenderse, respecto de los casos, en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad ó el encubrimiento se hallen especialmente penados por la ley; puesto que entonces, segun el art. 75, que en sustancia es una repeticion de la regla 3.ª del 65, quedan subordinados para su apreciacion á las contenidas en el 81, de que se acaba de hacer mérito.

Esto dicho, que tenemos por bastante, y antes de entrar en el exámen y estudio de las cinco, que bajo otro órden de ideas el 76 comprende, haremos notar que el Código de 1870, en su art. 67, que corresponde al 62 de el de 1850, suprimió el párrafo segundo, que habia en éste, en cuanto por él se designaba la penalidad respectiva de la conspiracion y proposicion; lo cual se explica fácilmente, dada la disposicion del art. 4.°, del primero, segun la cual, aquellas solo son punibles en los casos, en que la ley las pena especialmente.

No hemos de ocultar tampoco la ventaja, que en su combinacion, propiamente artística, lleva nuestra ley penal, así en los Códigos anteriores, como en el hoy vigente, á las leyes penales extranjeras, donde la oscuridad, respecto de esa gradacion, en que acabamos de ocuparnos, es bas-

tante ambígua—en unas más que en otras—y de cuya oscuridad no pueden ménos de nacer, en su explicacion, bastantes dudas.

Pero como de su estudio comparativo no hemos de sacar nosotros resultado alguno práctico, que pudiera importar al objeto y fin de nuestra obra, sigamos adelante, y veamos cuáles son las disposiciones contenidas en el citado art. 76, para regular las penas, que con arreglo á la doctrina, que dejamos explicada, corresponde imponer á los autores de delito frustrado y de tentativa, y á los cómplices y encubridores.

La primera, segunda y tercera se explican por sí mismas.

De toda pena indivisible, la inmediata inferior es aquella que le sigue en número : de la de muerte, por ejemplo, la cadena perpétua, segun la escala gradual núm. 1.°, ó la de reclusion tambien perpétua, con arreglo á la escala núm. 2.°: de la relegacion ó extrañamiento perpétuos, las de relegacion ó extrañamiento temporales, segun las escalas respectivas, núms. 3.° y 4.°, que son las dos siguientes.

De aquella que se componga de dos indivisibles ó de una ó más divisibles, impuestas en toda su extension, la que siga en número á la menor de las impuestas: si cadena temperal, presidio mayor : si relegacion temporal, confinamiento.

Si se compone de una ó dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible—de cadena temporal en su grado máximo á cadena perpétua, que es la señalada en el art. 519 para la tentativa ó el delito frustrado de robo, con motivo del cual resulta homicidio—la inferior habrá de formarse con el máximo del presidio mayor y mínimo y medio de la cadena temporal.

Por lo que hace á la regla 4.ª habrémos de detenernos algo más, ya porque sus términos, con ser bien claros y explícitos, han dado, sin embargo, ocasion á algunas dudas; ya porque tampoco la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, respecto de su interpretacion é inteligencia, teniendo á la vista algunas de sus sentencias, las ha resuelto en todos sus conceptos, sin que en las ya publicadas nos deje satisfechos.

Veamos pues.

Cuando la pena señalada al delito—dice—*se componga de varios grados correspondientes á diversas penas divisibles, la inmediatamente inferior se compondrá del grado que siga al mínimo de los que constituyen la pena impuesta, y de los otros dos más inmediatos, que se tomarán de la propia pena impuesta, si los hubiere, y en otro caso de la que siga en número en la respectiva escala gradual.*

Para mejor explicar y comprender esta regla, conviene traer á la

memoria el precepto general del art. 97, que nos es preciso anticipar, por la íntima relacion que tiene con la misma.

En las penas divisibles, el período legal de su duracion se entiende distribuido en tres partes, que forman tres grados, mínimo, medio y máximo, de la manera que expresa la siguiente tabla demostrativa.

De ésta trataremos luego.

Pongamos ahora el caso del núm. 5.° del art. 516, segun el cual, el robo sin homicidio, sin violacion, sin lesiones, violencia ó intimidacion, se castiga con la pena de presidio correccional á presidio mayor, en su grado medio; es decir, con cinco grados de dos penas divisibles.

Pues con sujecion al citado art. 97, esos cinco grados, que suponen una duracion de diez años, deben dividirse en tres períodos iguales, á saber: de seis meses y un dia, á tres años, ocho meses y dos dias, el mínimo; de tres años, ocho meses y tres dias, á seis años, diez meses y cuatro dias el medio; de seis años, diez meses y cinco dias, á diez años el máximo; resultando, segun la regla 4.ª del 76, todo el arresto mayor como pena inmediatamente inferior, por ser el grado máximo del mismo el que sigue al mínimo de los que constituyen la pena impuesta, y el medio y el mínimo los otros dos más inmediatos, que de él deben tomarse.

Y aquí se nos vuelve á presentar más de relieve la falta del presidio menor, en la escala general, por la desproporcion que aparece entre esas dos penas, respecto del autor y el cómplice de un mismo delito; aquel que puede ser condenado á diez años de presidio, y éste otro, que puede serlo, á su vez, á un mes de arresto.

Esto, aparte, hay bastantes ocasiones, en que la pena, compuesta de dos divisibles, consta solamente de dos grados, como, por ejemplo, la señalada en el núm. 4.° del art. 431, para el autor de lesiones, que hubiesen producido al ofendido enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta dias, la cual debe formarse con el grado máximo del arresto y el mínimo de la prision correccional.

¿Cuál, pues, habrá de ser la inmediatamente inferior, al tenor de lo dispuesto en la regla 4.ª del art. 76, que venimos explicando?

La respuesta no es dudosa.

Tanto en el caso que acabamos de citar, como en cualquiera otro de igual naturaleza, que pueda presentarse, la forma de la pena está prevista en dicha regla, de cuyos términos precisos y concretos no cabe prescindirse.

Con sujecion á ellos, la pena inmediatamente inferior á la que nos sirve de ejemplo, ha de formarse de los grados medio y mínimo del

arresto y de la multa; puesto que la superior la componen precisamente dos grados de dos penas divisibles, debiendo hacerse la rebaja con el grado que sigue al mínimo de los que constituyen la pena—arresto mayor en su grado medio—y los otros dos más inmediatos de la misma, si los hubiere—arresto mayor en su grado mínimo—y en otro caso, de la que siga en número, en la respectiva escala gradual—multa—que es la última, comun á todas ellas.

Pero puede igualmente suceder que la pena se componga de dos grados de una divisible, como la del robo cometido en lugar no habitado—art. 525—con cualquiera de las cinco circunstancias, que en él se determinan.

Aquí la Sala segunda del Tribunal Supremo, en sentencias publicadas, parece como que prescinde por completo de la citada regla 4.ª, buscando su razon en la 5.ª, por aquello de la analogía, con que ha de procederse, cuando la pena que la ley señala al delito lo es en una forma en las cuatro anteriores no prevista.

Nó en lo análogo de las mismas ó con relacion á ellas, que es, en nuestro concepto, lo más lógico, sino en lo análogo de la misma pena, que solo se compone de dos grados de una divisible, apoya el fundamento de su interpretacion—que desde luego respetamos, por ser suya—diciendo sustancialmente de este modo:

Si la pena señalada al robo en lugar no habitado, que como ejemplo hemos indicado, es la de presidio correccional, en sus grados medio y máximo, no se está en el caso de los varios grados correspondientes á diversas penas divisibles—regla 4.ª—ni en el de una ó dos indivisibles y el grado máximo de otra divisible—regla 3.ª—ni en el de dos indivisibles ó una ó más divisibles, impuestas en toda su extension—regla 2.ª—ni, por último, en el de una sola indivisible—regla 1.ª—y por consiguiente, la analogía, para buscar la que haya de imponerse á los autores de delito frustrado y tentativa, cómplices y encubridores—regla 5.ª—determina el grado mínimo del presidio correccional y el máximo del arresto, dos grados tambien, como los más inmediatos á los dos, de que se compone la pena principal, segun la ley.

La verdadera analogía, sin embargo, en los casos de penas, no especialmente previstas en las cuatro reglas primeras del art. 76, la entendemos nosotros, con relacion concreta á ellas, y por eso pensamos y creemos que así como, tratándose de los cinco grados, á que alcanza la del número 5.º del art. 516, de que hemos hablado más arriba, la inmediata inferior la forman los tres grados, que dijimos; de la propia manera y en perfecta combinacion con lo que en la regla 4.ª se dispone, la inmediata á la del robo en lugar no habitado, esto es, de la de presidio correc-

cional en sus grados medio y máximo, debe componerse del mínimo del mismo y del máximo y medio del arresto.

Precisamente esa regla 4.ª del art. 76 del Código de 1870, que en los de 1848 y 1850 no existia, ha venido á simplificar la jurisprudencia, que para la regulacion de las penas inferiores en grado, se seguia en los tribunales, mientras estos dos últimos estuvieron en vigor, y segun la cual, si la principal se componia de cinco grados, de cinco se habia de componer la derivada inferior, y de dos, si de dos, ó de cuatro, si de cuatro, por más que estos y aquellos se dividiesen despues en tres períodos iguales, con que no eran pocas las dificultades y las dudas, que á veces ocurrian.

Hoy la prescripcion terminante, que fija ineludiblemente en tres la pena inferior, uno el que siga al mínimo de los que constituyan la impuesta ó principal y los otros dos más inmediatos, ha hecho desaparecer toda incertidumbre, ya en los casos de aplicacion concreta de la regla 4.ª, ya en los de analogía, segun la 5.ª, en lo cual nada ha perdido, antes bien, algo ha ganado la justicia.

Puede ocurrir, además, que la pena señalada al delito se halle incluida en dos escalas distintas, como sucede con las de muerte y arresto mayor, que están en las marcadas con los números 1.° y 2.°, y las de confinamiento, destierro, reprension pública y caucion de conducta, comprendidas, de igual modo, en las de los números 3.° y 4.° y á este caso, para la gradacion prevenida en las cinco reglas ya explicadas, ha ocurrido el art. 77, cuya inteligencia es de suyo clara y no necesita extensa explicacion.

Aquella de las dos escalas, que comprenda las penas, con que estén castigados, en su mayor parte, los delitos de la seccion, capítulo ó título, donde se halle comprendido el que es objeto de la condena, derivada de la pena principal impuesta, es la que debe aceptarse para la rebaja.

Demostracion práctica.

Si al tratarse de la de destierro, el mayor número de los delitos de la seccion correspondiente son castigados con la relegacion, se entenderá la escala tercera; si con el extrañamiento, será la escala cuarta.

Tanto el Código de 1870, como los de 1848 y 1850, han llevado á sus páginas una mayor ampliacion de la doctrina, que en sus diferentes conceptos acabamos de explicar; estos dos últimos, por medio de una nota de aplicacion, y aquel otro, en una tabla demostrativa, siendo grande la diferencia, que entre esta tabla y aquella nota existe.

Esto, como desde luego se comprende, es consecuencia natural de la reforma, que todos los artículos de esta seccion, desde el 67 en adelante, han sufrido en el primero.

Insertamos, por tanto, á continuacion la que hoy está vigente.

TABLA DEMOSTRATIVA DE LO DISPUESTO EN ESTE CAPITULO

	Pena señalada para el delito.	Pena correspondiente al autor del delito frustrado y cómplice del consumado.	Pena correspondiente al autor de tentativa de delito consumado, al encubridor del propio delito y á los cómplices del delito frustrado.	Pena correspondiente al encubridor del delito frustrado y al cómplice de tentativa de delito.	Pena correspondiente al encubridor de tentativa de delito.
Primer caso. . .	Muerte.	Cadena perpétua.	Cadena temporal.	Presidio mayor.	Presidio correccional.
Segundo caso.. .	Cadena perpétua á muerte.	Cadena temporal.	Presidio mayor.	Presidio correccional.	Arresto mayor.
Tercer caso.. . .	Cadena temporal en su grado máximo á muerte.	Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio.	Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.	Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio.	Multa y arresto mayor en sus grados mínimo y medio.
Cuarto caso.. . .	Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio.	Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.	Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio.	Multa y grados mínimo y medio del arresto mayor.	Multa.

Llegado á este punto de sus comentarios al Código de 1848, inició el Sr. Pacheco la cuestion de si la doctrina, que acabamos de explicar, con relacion á los delitos, era aplicable de igual modo á las faltas.

Y recorriendo todos los artículos comprendidos en su libro 3.°, observó que solamente en el 489 se hablaba de la penalidad de los cómplices de las mismas, entendiendo que, por lo tocante al encubrimiento, el legislador habia padecido algun descuido.

Al tratar nosotros de la condicion necesaria de las faltas y de la relacion, que existe entre el libro primero y el tercero, acerca de ellas, expusimos extensamente nuestra opinion sobre el asunto, habiendo dicho entonces—y así nos sigue pareciendo—que la cuestion y la duda están clarísimamente resueltas dentro de algunas disposiciones terminantes de la ley; debiendo ahora añadir, que de cualquier modo y caso de considerarse necesaria ó conveniente alguna aclaracion, no en este lugar, sino en un tercer párrafo del art. 98, como en su ocasion diremos, pudiera más propiamente consignarse.

Las circunstancias atenuantes ó agravantes se toman en consideracion, para disminuir ó aumentar la pena, segun los casos, en que haya de imponerse; no produciendo este segundo efecto las que, por sí propias, constituyen un delito especialmente castigado por la ley ó apreciado, al describirlo; ni aquellas otras, de tal manera inherentes al mismo, que sin su concurrencia no hubiera podido cometerse.

Tampoco las circunstancias agravantes ó atenuantes, que consisten en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido ó en otra causa personal cualquiera, van más allá de aquellos, en quienes concurran, autores, cómplices ó encubridores; no debiendo apreciarse en uno ú otro sentido las que se refieren á la ejecucion material del hecho, ó á los medios empleados para realizarlo, sino respecto de los que las conocen y las saben.

Esta doctrina, que es la consignada en los arts. 78, 79 y 80 del Código reformado—67, 68 y 69 de los de 1848 y 1850—extensiva á toda clase de delitos, es precisamente la que constituye esa base niveladora, entre los mismos y las penas, segun venimos explicando, y por la cual se determina el más y el ménos, á que, dentro de sus respectivos límites, deben los tribunales atenerse.

Las reglas, por lo tanto, que á este mismo propósito se fijan y establecen en los artículos siguientes—desde el 81 al 87—ambos inclusive, que son los comprendidos en la segunda seccion del cap. 4.° del primero de los expresados Códigos, llevan consigo toda la elasticidad posible, para dar al castigo, que al hecho justiciable ha de imponerse, la proporcion relativa, entre la inmoralidad, que con él se produce y el escarmiento que se sufre.

Con arreglo á ellas y segun las demás indicaciones anteriores, el motivo de agravacion, en cierta clase de crímenes, es el crímen mismo.

Cuando Manuel Ruiz Blanco, por ejemplo, y Luis Carrascal, cometieron en el comercio de Dámaso Escudero, vecino de Zaragoza, el hurto de telas, de que habla el recurso de casacion de 6 de Abril de 1872, la astucia, que apreció la audiencia, en su fallo, como circunstancia agravante, no lo fué de modo alguno en tal concepto genérico, sino uno de los caractéres propios y constitutivos del delito.

Cuando uno mata á otro con alevosía ó con premeditacion, no cabe entenderse que el hecho que ejecuta signifique un homicidio, al tenor del art. 419 del Código, con las circunstancias segunda y sétima del artículo 10, sino un crímen previsto en el 418 y descrito dentro de esas condiciones esenciales, de tal modo inherentes al mismo, que sin ellas habria dejado de ser el asesinato, que la ley pena especialmente.

Las circunstancias atenuantes ó agravantes, respecto de un solo acto punible, á cuya ejecucion concurran dos ó más culpables, pueden ser de igual modo personales.

Bajo este punto de vista, solo está sujeto á la alteracion, que ellas produzcan en la pena imponible, los que, en uno ú otro concepto, se encuentran dentro de ellas.

Pongamos el caso de un hurto cometido por tres personas, de las cuales una sea menor de diez y ocho años, otra dos veces reincidente, hallándose la tercera, á la sazon del hecho, en completo estado de embriaguez no habitual.

Ni esta embriaguez habrá de favorecer al dos veces reincidente, ni la doble reincidencia habrá de perjudicar al ébrio, ni por una ni por otra circunstancia dejará de imponerse al menor de 18 años la pena inmediata inferior, puesto que la responsabilidad del delito debe afectar independientemente á sus autores, dentro de la pena señalada por la ley, pero con las modificaciones respectivas, que á cada cual de ellos corresponda.

Esto mismo, y en igual concepto, debe entenderse respecto de aquellas circunstancias, que suponen relaciones particulares con el ofendido, ú otra causa personal cualquiera.

Si tratándose del delito de lesiones, y habiendo sido dos los agresores, uno fuese hermano del herido, la circunstancia estimada en el sentido de agravante, alcanzaria solo al hermano y de ninguna manera á su consorte.

En cuanto al párrafo segundo del art. 80, á que se refiere la anterior explicacion, bien es menester dejar claramente fijada su verdadera inteligencia; puesto que ni la opinion, en todos los tribunales, ha sido siempre igual, ni en el Supremo se ha explicado todavía, bajo sus diversas y complicadas formas, de una manera concreta y decisiva.

Acerca de este particular, y antes de toda otra nueva consideracion, bien será volver, por un momento, sobre el ejemplo tomado de la causa, que por delito de parricidio fustrado se siguió en el juzgado de primera instancia de S..... contra D.... M..... y Laurena S....., y del cual, á otro propósito análogo, en la pág. 293 de este libro hemos tratado.

Reproduciendo, pues, los párrafos que allí de nuestro *Tratado de Derecho criminal* entresacamos, y á los cuales, por copiados ya, nos remitimos, é insistiendo una vez más, con íntima y profunda conviccion, en que el hombre, que se une á una mujer casada, sabiendo que lo es, y toma parte con ella y le ayuda á dar muerte á su marido, aceptando, como acepta, la responsabilidad del hecho, tal y como la ley lo define y lo castiga, no es, no puede ser un simple homicida, sino co-autor de un parricidio, no podemos ménos de sostener, que si bien no concurre en él la circunstancia personal del parentesco, cualificativa del crímen, asociándose á su ejecucion, bajo esa su forma indispensable y propia, y conociendo todas sus especiales consecuencias, queda, en toda su plenitud, sujeto á ellas.

Por esto es que, segun el párrafo segundo del art. 80 del Código reformado, igual al tambien segundo de el 69 de el de 1850, para que así haya de entenderse y el co-autor, cómplice ó encubridor, queden obligados, dentro de su escala propia, á la pena del reo principal, desde ántes ó en el momento mismo de la accion ó cooperacion para el delito, deben tener conocimiento de la circunstancia ó circunstancias, que lo cualifican.

Mal podrá, en efecto, exigirse á un procesado la mayor responsabilidad, en consecuencia de la mayor gravedad del hecho, que al ejecutarlo ó ponerlo en accion, ignora ó desconoce.

Probado, pues, que aquel, que en criminal complot, unido á una mujer para dar muerte á su marido, es sabedor de esta circunstancia exencialísima, tanto habrá de incurrir, él como ella, en la penalidad del parricidio.

Probado, por el contrario, que al ayudarle ó cooperar al crímen, ig-

noraba el vínculo que entre ámbos existia, sólo deberá ser tenido como autor de un homicidio.

Del propio modo es co-autor de hurto doméstico el que, de acuerdo con el criado de una casa, y bajo esta inteligencia, lleva á cabo el hecho: no así en el caso de justificar que desconocia tal circunstancia.

En los casos en que la ley señalare una sola pena indivisible—dice el artículo 81—*la aplicarán los tribunales sin consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes, que concurran en el hecho.*

Esto mismo, y de la misma manera, decian los Códigos de 1848 y 1850—en su art. 70—y desde luego puede asegurarse que si tal explicacion ha podido considerarse necesaria, más lo pudo ser entonces que lo es hoy en el moderno.

Penas indivisibles son, por su propia naturaleza, la de muerte, en primer término y las perpétuas en segundo.

No hay, sin embargo, en el Código vigente ningun delito, que se castigue taxativa é ineludiblemente con la muerte: no lo hay tampoco, que lleve consigo la cadena perpétua, en absoluto, ó la reclusion perpétua ó cualquiera otra de las que tienen en sí ese carácter, con que el art. 81 las distingue.

El Código de 1850—en sus arts. 139 y 140, 160 y 332—castigaba con la pena capital aislada y sola, la tentativa para destruir la independencia ó la integridad del Estado; la induccion por español á una potencia extranjera, para declarar la guerra á España; la tentativa contra la vida ó persona del rey ó inmediato sucesor á la corona, y tambien el parricidio con cualquiera de las circunstancias de premeditacion conocida ó de ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido.

En el Código de 1870, ni el más grave de los delitos de traicion, ni el mayor entre los de lesa majestad ni el más sangriento y horrible de los parricidios se castigan de una manera absoluta y sin modificacion alguna con la pena capital.

Ni censuramos ni aplaudimos, por más que no dejemos de conocer que, en algunas ocasiones, por esa puerta, constantemente abierta á la indulgencia, suele entrarse la injusticia.

Hay delitos para los que, en nuestra opinion, todo rigor es siempre poco.

De cadena perpétua ó de reclusion perpétua á muerte, son las marcadas por el mismo en sus arts. 136, 137, 157 y 417, sin que haya hechos

de otra índole, que lleven consigo, en igual concepto de única, la cadena perpétua, ni ninguna otra de cuantas en esta categoría se hallan incluidas.

El párrafo primero del art. 70 de el Código de 1850, de innegable aplicacion en las ocasiones referidas, es en el de 1870—art. 81, párrafo segundo—completamente ineficaz y ocioso.

Si no hay casos dentro de él, en que la ley señale una sola pena indivisible, no hay para qué hablar de ellos, ni para qué determinar la exclusion absoluta de toda circunstancia atenuante ó agravante.

Las palabras que sobran en una ley ó no son necesarias, sólamente sirven para producir incertidumbre y confusion.

En aquellos otros, en que se deba imponer una pena compuesta de dos indivisibles, que son, por ejemplo, con relacion al Código moderno, esos mismos que acabamos de citar, ya es diferente.

Cuando sólo haya concurrido en el hecho alguna circunstancia agravante, se aplica la mayor, esto es, la de muerte; cuando no existan atenuantes ni agravantes, ó sólamente alguna de aquellas y ninguna de estas, la menor, es decir, la de cadena ó reclusion perpétua.

Pero se dá tambien la ocasion de delitos, donde resultan en los dos conceptos, y entónces no hay sino buscar prudencialmente la compensacion, segun el número de las unas y las otras y su importancia relativa, con sujecion al criterio, que en el párrafo anterior dejamos consignado.

La experiencia, sin embargo, nos viene constantemente demostrando que, cuando se trata de estos gravísimos castigos, siempre que existe una sola circunstancia atenuante, aunque sean dos ó más las agravantes y de entidad mucho mayor, nunca se llega á imponer la última pena.

Lo comprendemos sin esfuerzo, y así, en el desempeño de nuestro cargo oficial, lo hemos sostenido alguna vez.

Las circunstancias atenuantes y agravantes se tienen tambien en cuenta, segun las siete reglas del art. 82, para aumentar ó disminuir la penalidad, allí donde ésta se componga de tres grados; siendo tan claras las cuatro primeras, y aun la sexta, y de tan fácil y ya sabida aplicacion, que basta su simple lectura para comprenderlas.

No así, en verdad, la quinta, copiada literalmente, con el mismo número, del art. 74 de los Códigos de 1848 y 1850; regla, que desde entonces ha venido dando ocasion á graves mistificaciones, y que, á pesar de resoluciones concretas del Tribunal Supremo, todavía, con más ó ménos buena fé, por parte de muchos defensores de los reos, con más ó ménos inteligencia y estudio, por parte de algunos juzgadores, trae consigo discusiones encontradas.

Cuando sean dos ó más —dice— *y muy calificadas las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, segun el número y entidad de dichas circunstancias.*

Como cuestion de estilo, y á fin de evitar esta última innecesaria repeticion, pudo mejor haberse dicho, *de las mismas* ó *de unas y de otras.*

Esto aparte y dada la anterior disposicion, no es ya que la ley otorgue al juzgador la facultad de aumentar ó disminuir la extension del castigo, dentro de sus propios límites, marcados por la misma, segun que en el hecho punible hayan concurrido á un tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, ó de estas ó de aquellas sólamente : es que lo faculta para reformarlo, hasta el punto de cambiar su índole, imponiendo, por ejemplo, el presidio mayor, allí donde la ley dijo cadena, ó el arresto mayor, donde se halla establecida la prision correccional.

Pero sucede muchas veces que, para conseguir este objeto, se divide una misma circunstancia en dos ó tres, y despues de dividida, se dice de cada una de ellas, y de todas á la vez, que son muy calificadas, y se pretende y aún se impone la pena inmediata á la señalada al delito por la ley.

Esto es, pues, lo que vamos á combatir, explicando cómo son y cómo deben entenderse las circunstancias atenuantes, á que se refiere la regla 5.ª del citado art. 82 y cómo es indispensable que las dos ó más, que concurran en el hecho, sean independientes entre sí, para que puedan y deban apreciarse.

Tomemos, como ejemplo, el caso, á que se refiere el recurso de casacion número 266 de 1872, que interpuso Antonio Muñoz Salvatierra contra la sentencia dictada por la Sala de lo criminal de la Audiencia de Sevilla, en la causa que se le siguió por homicidio.

Antonio Muñoz Salvatierra, guarda de la dehesa del Valle, en Tarifa, tuvo varias contestaciones con Santos Ojeda, quien en consecuencia de algunas palabras duras del primero, le dió una bofetada.

Muñoz Salvatierra, entonces, no pudiendo hacer uso de su escopeta, por haber logrado apoderarse de ella D. José Rapell, allí presente, echó mano al cuchillo de monte que llevaba, acometió al Ojeda y le infirió varias lesiones, de cuyas resultas falleció á los veinte dias.

Para interponer el recurso, se consideraron infringidos el párrafo 4.°, circunstancias 1.ª y 2.ª del art. 8.° del Código y las circunstancias 3.ª, 4.ª y 7.ª del 9.°, en sus diferentes conceptos, á saber: porque hubo agresion ilegítima por parte del Ojeda al Salvatierra; porque éste se vió en la necesidad de emplear aquel medio para impedirla ó repelerla; porque

no tuvo intencion de causar un mal de tanta gravedad; porque precedió al hecho provocacion inmediata y por haber obrado por estímulos tan poderosos, que produjeron el arrebato y la obcecacion, con que llevó á cabo el delito.

Dentro de las condiciones de éste y bajo el punto de vista de esas mismas apreciaciones, todavía hubiera podido caber en ellas la de haberlo ejecutado en vindicacion próxima de una ofensa grave.

Y véase, sin embargo, que en todo ello no hubo más que la bofetada, que en el acto de una disputa Ojeda dió al Muñoz; bofetada, que significó la provocacion inmediata; que constituyendo tambien una ofensa grave, ocasionó su próxima vindicacion, lo cual, precisamente, esto y aquello, supone además esos estímulos tan poderosos, que llevan consigo la obcecacion y el arrebato.

Pues si la ofensa grave es esencialmente la provocacion, y de la provocacion, que constituye la ofensa, nacen los estímulos que ofuscan, obcecan y arrebatan el ánimo del delincuente, ¿cómo se ha de sumar en tres partidas distantas una sola cifra?

Siendo la unidad el principio ó raiz de todo número, donde esa unidad se halla de todo punto aislada, su multiplicacion es imposible.

Donde no hay más que una bofetada, como punto de partida ó motivo ó raiz de atenuacion, la provocacion, la ofensa, la obcecacion y el arrebato son, en todo y por todo, la bofetada misma y no es posible ir más allá.

Por esto precisamente, en su sentencia de 26 de Abril, con relacion al recurso, de que se acaba de hacer mérito, y en otras anteriores análogas, ha dicho el Tribunal Supremo, y escrito está, y es la jurisprudencia establecida, con la cual estamos en perfecto acuerdo, que para los efectos de la regla 5.ª del art. 82, que examinamos, no deben calificarse como circunstancias distintas de atenuacion aquellas que, *derivando de un solo hecho, son inseparables y se confunden necesariamente entre sí, de tal manera, que las unas no pueden existir sin las otras, por mas que tengan denominaciones diferentes.*

No cabe decirse más acerca de esto.

En cuanto á la regla 7.ª, es tan clara su inteligencia y tan sencilla, que casi no merece explicacion alguna.

Siguiendo el legislador en su racional sistema de la más justa y adecuada nivelacion entre el daño y la expiacion, si bien no ha querido dejarla en absoluto al prudente arbitrio de los tribunales, sino en cuanto le ha sido indispensable, tampoco ha tratado de cohartar su libertad de accion, para que aprecien por sí y en vista de los autos, la mayor ó menor extension del mal producido por el delito y los motivos de ate-

nuacion ó agravacion, que en su ejecucion hayan podido concurrir.

Hé aquí, pues, el por qué de haber llevado á cada uno de los tres grados, de que debe formarse toda pena divisible, esas mismas reglas, para que teniéndolas en cuenta determinen su cuantía.

Seis años forman el total de la señalada en el art. 448, la cual se compone de los grados medio y máximo de la prision correccional y con ella, como ejemplo, vamos á terminar el análisis de la regla 7.ª y á explicar tambien el art. 83 en muy breves palabras.

Grado mínimo. De veinte y ocho meses y un dia á cuarenta y dos meses y veinte y dos dias.

Grado medio. De cuarenta y dos meses y veinte y tres dias á cincuenta y siete meses y catorce dias.

Grado máximo. De cincuenta y siete meses y quince dias á setenta y dos meses ó sean seis años.

Ahora bien: concurrieron en la ejecucion del delito circunstancias atenuantes, por las cuales se estima que la pena debe imponerse en su grado mínimo, al grado mínimo debe atenerse el juzgador.

Dentro de ese mismo grado, sin embargo, segun se estime más ó ménos acentuado el motivo de atenuacion, puede recorrer todo el tiempo, que comprende, ya para rebajarla á los veinte y ocho meses y un dia, ya para elevarla hasta los cuarenta y dos, si aparte la misma circunstancia atenuante apreciada, ó en ella misma, encuentra alguna otra razon que la desvirtúe en algo, ó algo la haga perder de su eficacia.

Esto debe entenderse de igual modo, tanto con relacion al grado medio, si no hubiere circunstancias atenuantes ni agravantes concretas dentro de la ley, como al grado máximo, cuando las que concurran en su ejecucion sean agravantes.

Y hé aquí además la verdadera interpretacion del art. 83, en aquello de que, cuando la pena imponible no se componga de tres grados, los tribunales aplicarán las reglas, que acaban de explicarse, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo de su duracion, formando un grado de cada uno de los tres.

Es cabalmente lo mismo que acabamos de hacer con la señalada en el art. 448, que se compone de los grados medio y máximo de la prision correccional, divididos en tres períodos, ni más ni ménos que como dejamos consignado, y segun tambien la doctrina, que, todavía sobre este particular, en el art. 97 se establece.

En los casos en que la ley señalare una pena compuesta de tres distintas, cada una de ellas, segun el art. 98—que citamos ahora, por la analogía, que existe entre el mismo y esas otras disposiciones anteriores, sin perjuicio de volver más adelante, y en otro concepto diferente,

sobre él — cada una de ellas formará un grado de penalidad, de mayor á menor; mínimo, medio y máximo, conforme á la respectiva gravedad de cada una.

Pongamos dos ejemplos.

Los que ejercen un mando subalterno en la rebelion—dice el artículo 245—incurrirán en la pena de cadena temporal á muerte.

El reo de asesinato—dice el 418—será castigado con la pena de cadena temporal, en su grado máximo, á muerte.

Tres penas distintas forman la que en uno y otro caso señala la ley para los dos delitos expresados.

Es, por lo tanto, evidente, que, segun el párrafo primero del art. 98, el grado mínimo para el de asesinato habrá de ser el máximo de la cadena temporal, el medio la cadena perpétua, y el máximo la muerte.

Respecto de los que hubiesen ejercido mando subalterno en una rebelion, el grado mínimo de la penalidad imponible se deberá formar de la reclusion temporal en toda su extension; el medio, de la reclusion perpétua, y el máximo, de la pena capital.

Ahora, si la pena señalada no tiene alguna de las formas previstas en la ley, la distribucion de sus tres grados, conforme á lo dispuesto en el párrafo segundo del citado artículo 98, debe hacerse por analogía, teniendo en cuenta las reglas concretamente establecidas, y de que, en sus diferentes conceptos, hemos venido haciendo mérito.

La del delito de piratería—menor por cierto, en el art. 155 del Código de 1870, que en el 155 de el de 1850—se halla precisamente en ese último caso.

Siendo de cadena temporal á cadena perpétua, la primera de ambas producirá, en dos períodos iguales, los grados mínimo y medio, y la segunda, como indivisible, dará el máximo.

Otros cuatro artículos comprende todavía la seccion segunda del capítulo 4.°, en que nos venimos ocupando—84, 85, 86 y 87—que se explican por sí mismos; pero acerca de los cuales no habrán de estar demás cuatro palabras.

Se ha dicho antes, al tratar del art. 27, que cuando la multa se impone como pena principal, se entiende leve, si no llega á quinientos reales; correccional, si pasa de esta suma y no alcanza á diez mil, y aflictiva, de diez mil en adelante.

Pero la multa, que ofrece en sí una desigualdad ó desproporcion casi inapreciable, podria dar ocasion á grandes arbitrariedades, si no hubiese venido el art. 84 á fijar, para su imposicion, un dato esencialísimo.

Tal habrá, para quien diez mil reales sean lo que para otro veinte ó

ciento; y eso de castigar con ciento ó veinte al que, sin resentirse de su fortuna, pueda pagar diez mil ó imponer esta suma á quien ni con mucho la posee, sería hacer que la ley fuera de todo punto ilusoria en esta parte.

No hemos de hablar aquí, por no ser propio, de las multas, que se imponen en asunto ó pleito civil, muy distintas de las que tienen ocasion en causa criminal; siquiera, en brevísimas líneas, hagamos conocer algunas de sus más importantes diferencias.

La ley de Enjuiciamiento civil—en su art. 24—dispone, por ejemplo, que cuando las notificaciones no se hagan en la forma prevenida por la misma, sean desde luego nulas, incurriendo el escribano, que las autorice, *en una multa de doscientos reales*, debiendo además responder de cuantos perjuicios y gastos se originen por su culpa.

Esto aparte, la ley civil autoriza tambien la multa, que hasta mil reales, segun el art. 44, y en el concepto de correccion disciplinaria, pueden imponer los tribunales á los abogados, relatores, escribanos, procuradores y dependientes de los mismos, por las faltas, que cometan en el ejercicio de sus funciones respectivas.

Pues bien: en materia civil la multa no puede, de modo alguno, ser tenida como pena, en el sentido que la ley criminal da á esta palabra, ni más es, seguramente, que una especie de reparacion, dentro de esa misma esfera, en que se impone, por perjuicios irrogados ó por faltas cometidas.

Su carácter mismo, su objeto, las condiciones, en que tiene lugar, las personas á quienes afecta, la razon y la forma, en que se exige, la índole de los negocios, en que se dá ocasion á ella, todo viene de consuno á demostrarlo.

La jurisdiccion criminal, y con ella el ministerio público, no tienen, por consiguiente, intervencion alguna, directa ni indirecta, en la imposicion y exaccion de las multas, que, bajo el expresado concepto, sólamente á la jurisdiccion civil tocan y atañen.

Hay tambien multas de carácter puramente administrativo, como son las que se imponen en materia de contribuciones y aduanas, segun sus reglamentos é instrucciones, sin que tampoco estas tengan que ver con las comprendidas en el Código penal, en el sentido que hemos de estudiarlas y explicarlas.

Dentro del mismo y vistos los términos de sus artículos 26, 84 y 93, la multa impuesta, en materia criminal, es una verdadera pena, siquiera la última en todas las escalas graduales, pero tan comun á las penas aflictivas como á las correccionales y á las leves.

Por esto es que, siendo de carácter puramente personal, no puede

recaer sobre un tercero, sino sobre aquel mismo, que ha sido convicto del hecho, que dió ocasion á ella.

De las multas impuestas como pena, no pueden responder jamás subsidiariamente, al tenor del art. 21, los amos, maestros, ó empresas, por los delitos de sus criados, discípulos, oficiales ó aprendices, como no habrian de sufrir por ellos el arresto ó el presidio, si, en lugar de la multa, á cualquiera de estos castigos hubieran sido condenados.

Pero volvamos sobre la desigualdad ó desproporcion, que en sí ofrece esta clase de pena pecuniaria, y atendamos al medio de su más perfecta aplicacion.

El citado art. 84 del Código de 1870—85 de los de 1848 y 1850—reproduccion de la ley 8.ª, tit. XXXI de la Part. 7.ª, en aquello *de que el juzgador debe catar cuando da pena de pecho, si aquel á quien la manda pechar es pobre ó rico*, ha venido á resolver este problema, que, si de los más claros, no es, á la verdad, de los más fáciles; determinando que los tribunales podrán recorrer toda la extension, que les permita la ley, para la imposicion de las multas; pero que, además de las circunstancias atenuantes ó agravantes, que hubiesen concurrido en la ejecucion del hecho punible, deben atender, *muy principalmente*, al caudal ó facultades del culpable.

El Código del Brasil—en su art. 55—sin perjuicio de cualquiera otro cálculo establecido por la ley, limita tambien las penas pecuniarias á la proporcion ó cuantía de los bienes, industria ó empleo del delincuente.

Nosotros, en esta parte, anticipándonos á lo que se dispone en el art. 95, no creemos que pudieran ser ociosas, aquí, en este mismo lugar, algunas explicaciones, como aumento al art. 84 del Código de 1870, á semejanza de las contenidas en el 82 de el de 1850, con el fin de dar mayor seguridad de acierto á esta clase de castigos, que ahora pende exclusivamente del arbitrio de los tribunales.

Demos á estos reglas fijas, en lo humananamente posible, para la imposicion de todas las penas, desde la más alta á la más baja, y su justicia será indefectiblemente más segura,

Multa, por ejemplo, en el concepto de pena correccional, mil y quinientas pesetas.

Pues bien: tomando por base la cantidad, á que se eleva en su máximo la escala inferior, ó sean las multas leves, podria dividirse aquella en esta forma:

Grado mínimo. De ciento veintiseis á quinientas pesetas.

Grado medio. De quinientas una á mil pesetas.

Grado máximo. De mil una á mil quinientas.

Dicho esto y de este modo explicado, no hay para qué decir que

igual cálculo podria hacerse, respecto de las multas, consideradas como penas aflictivas, apreciando siempre, en primer término y hasta donde sea posible conocerlos, el caudal ó bienes del culpable.

Respondiendo, por consiguiente, á la misma filosofía que encierran las disposiciones ya explicadas, no estaria acaso demás un segundo párrafo al art. 84, que sin repetir las no del todo claras de el 82 de el de 1850, circunscribiese más la accion ó facultad de los tribunales, en eso de la proporcion legal, para todas las penas adoptada.

La cuantía de cada multa en sí—diríamos nosotros—*dividida en tres períodos iguales, queda sujeta á todas las reglas anteriores.*

Tambien, si nuestro voto valiera, cambiaríamos la redaccion del artículo 85, porque en las leyes no estamos por las disposiciones de referencia, que si no oscurecen, dificultan, al ménos, su más pronta y precisa inteligencia.

¿Por qué no habria de decirse de este modo?

Cuando no concurrieren todos los requisitos, que se exigen en el caso del núm. 8.° *del art.* 8.°, *para eximir de responsabilidad, se impondrá una multa del tanto al triplo de la cuantía del mal causado, que no bajará de* 75 *pesetas, sin que esto deba entenderse respecto de los hurtos y las faltas.*

El Código de 1850, donde existia igual disposicion y en iguales términos, se referia, citando su art. 480, á la imprudencia temeraria; el de 1870, con más propiedad, habla de los daños.

Por lo que hace al menor de quince años, mayor de nueve, que obró con discernimiento, nada hay que decir, puesto que el art. 86 deja abiertamente á la discrecion de los tribunales la pena que haya de sufrir, siempre que sea inferior en dos grados, por lo menos, á la correspondiente al delito que hubiese cometido.

Al mayor de quince y menor de diez y ocho—añade el párrafo segundo del citado artículo—*se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley.*

Como sobre esta materia hemos discurrido ámplia y detenidamente, al tratar de la segunda de las circunstancias atenuantes, basta con recordarlo y darlo en esta ocasion por repetido.

Tambien el art. 87 modifica la intensidad de las penas, cuando el hecho no es del todo excusable, por falta de alguno de los requisitos que en el 8.° se exigen, para la exencion de responsabilidad, sin perjuicio de lo que determina el 85, con relacion al caso de un mal por mero accidente, en la ocasion de ejecutar un acto lícito, sin intencion ni culpa del causante.

Esta última disposicion—la del artículo 87—viene á formar, en cierto modo, una especie de escala gradual entre este mismo artículo, el 8.°, y el núm. 1.° del 9.°, si bien con inversion del órden en los tres, cuyo resultado es el siguiente:

Si concurren en el hecho todos los requisitos comprendidos en el 8.°, procede la exencion de responsabilidad, segun el mismo; si no concurren todos, pero sí el mayor número de ellos, puede descender la pena uno ó dos grados, al prudente arbitrio de los tribunales, atendido el número y entidad de los que faltan ó concurren, que es la prescripcion del artículo 87; si las circunstancias eximentes no son bastantes para producir su efecto, conforme al número 1.° del art. 9.°, no habiéndolas agravantes, se impondrá en el grado mínimo la pena, que la ley fija al delito.

No estarian tampoco fuera de razon en este sitio aquellas consideraciones, á que nos hemos referido líneas más arriba, cuando hemos hablado del párrafo segundo del art. 86, respecto de los menores de 18 años; puesto que, dados los términos del 87, la circunstancia atenuante primera del 9.°, que, con decir en sustancia y realidad lo mismo, produce un efecto tan distinto, parece de todo punto ociosa.

Explicadas las reglas para la aplicacion de las penas, en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes, y aunque con anticipacion analizado el art. 98, que es el último, en la seccoin tercera del capítulo 4.°, apartándolo otra vez más de su lugar, no podemos prescindir de volver la vista atrás por un momento, respecto de aquella otra cuestion, que dejamos apuntada, sobre si las disposiciones contenidas en el mismo, con relacion á los delitos, son aplicables de igual modo á las faltas.

Todo cuanto en sentido afirmativo está á nuestro alcance sobre la materia y como cuestion, aunque en forma diferente, propuesta por nosotros, lo hemos expresado, al iniciar la doctrina consignada en el art. 5.°, en aquello de que las faltas solo se castigan, cuando han sido consumadas, habiendo demostrado tambien, con referencia al art. 11, que el encubrimiento de las mismas no es punible.

Es decir, que el legislador de 1870, comprendiendo las razones ya indicadas, ó por otras que además tuvo presente, sancionó, como prin-

cipio legal, lo que uno de los comentaristas de el de 1848 imaginó ser un descuido.

Y aunque, como hemos manifestado antes, dadas las disposiciones concretas, de que oportunamente hicimos mérito, no es posible vacilar en la certeza de que las reglas, que sirven para la aplicacion de las penas á los autores del delito consumado ó frustrado y á sus cómplices, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes ó agravantes de su ejecucion, son extensivas á los autores y cómplices de las faltas, y con esto y con lo que en el Código está escrito, no cabe incertidumbre, que tenga fundamento sério; como quiera que todavía parece haber algunos que dudan, no estaria de más, si no precisamente un tercer párrafo en el art. 98, su ampliacion de esta manera :

Cuando la pena señalada no tuviere —ó no tenga— *una de las formas previstas especialmente en este libro, se distribuirán los grados, buscando la posible analogía ; debiendo entenderse que las reglas comprendidas en estas tres secciones* —ó en las tres secciones anteriores— *son iguálmente aplicables á las faltas.*

Si al llegar al art. 88 del Código de 1870—76 de los de 1848 y 1850—hubiéramos de seguir el ejemplo de la mayor parte de nuestros comentaristas, incurririamos, á nuestra vez, en aquella misma lamentable omision, de que, algo despues y con tanta razon, se quejó el Sr. Pacheco.

Cuando se estudian, se explican y comentan las materias, los principios y las reglas, que constituyen una obra, si alguno ó alguna de ellas no se acepta, natural parece, en vez de hacer completamente caso omiso, señalar su inconveniencia ó imposibilidad y dar ó exponer sus fundamentos.

Los Códigos de 1848 y 1850, aunque ambos de acuerdo, en el fondo, con las disposiciones contenidas en la seccion 3.ª del capítulo 4.° de su libro 1.°, objeto en el presente de estas líneas, variaron, en cierto modo, la redaccion de algunos de sus respectivos articulos, que en los de 1870 ha venido luego á ser otra muy distinta.

De este, pues, deben partir necesaria y principalmente nuestras observaciones y reparos.

Al culpable de dos ó más delitos ó faltas —dice el citado art. 88—

se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Suprimiendo el Código de 1850 la condicion de la posibilidad, creyó más conveniente acudir, caso negativo, al párrafo 3.° de su art. 2.°, á fin de que si, en consecuencia de esa simultaneidad ó acumulacion de castigos, estos resultasen notablemente excesivos, el tribunal sentenciador expusiera al gobierno lo que estimase conveniente.

El principio es, sin embargo, el mismo: su exacta aplicacion, empero, antes y ahora, más bien pudiera entenderse como excepcion, que como regla comun y general.

Y hemos de advertir, ante todo, aunque de paso, que esta teoría, tan en absoluto establecida, es exclusivamente nuestra.

En ninguna otra legislacion, antigua ni moderna, la hemos visto consignada.

La doctrina, en su esencia, esto es, la idea filosófica, la idea moral, la idea justa de que cuando se cometen dos delitos, deben sufrirse dos castigos, cuando tres, tres, y cuando cuatro, cuatro; la doctrina de la no impunidad, siendo ellos varios y uno sólo el delincuente, todas, más ó ménos ámpliamente, la reconocen y la admiten.

Y esto se ha venido entendiendo así de muy antiguo.

Si nos remontamos al derecho romano, la vemos en él expresamente consignada, y hé aquí el espíritu de una de sus leyes:

Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur.

Si dirigimos una mirada á la ley penal francesa, el art. 53 del Código de Napoleon nos responde desde luego en sentido afirmativo.

Y si, como consecuencia de este sistema, fijamos nuestra atencion en la página 645, tomo 2.° de la *Justicia Criminal*, del célebre jurisconsulto Jousse, veremos escrito y condensado el pensamiento de este modo:

Lors qu'un accusé est convaincu de plusieurs crimes, dont chacun doit être puni d'une peine particulière, il doit être puni d'autant de peines qu'il y a de delits différents.

Si vamos al Código del Brasil y nos fijamos en su art. 61, nos encontramos en él igual principio, que en sustancia y realidad viene á ser el mismo, que el establecido en el 28 del Código de Austria y en el 57 del Código de Prusia.

En ninguno de ellos, sin embargo, la idea es tan absoluta ni la regla tan general, como lo eran ántes en el 76 de nuestros Códigos de 1848 y 1850, y lo son hoy en el 88 del últimamente reformado.

Tantos delitos cometidos tantas penas impuestas.

Esta parte de la cuestion es de suyo lógica, y nada hay que observar acerca de su legitimidad, que, en principio, todos reconocen.

Tantas penas impuestas, tantas penas sufridas á la vez, en cuanto su diversa naturaleza lo permitan.

Aquí, pues, es donde viene á resaltar la verdadera dificultad del sistema, en eso de la simultánea extincion de todas ó de algunas de ellas.

De ninguna manera fueron ántes, ni han podido ser despues, el pensamiento y el ánimo del legislador, en el artículo que analizamos, esos que apunta el Sr. Pacheco de que *tres veces diez y seis años de cadena*, impuestos por tres delitos distintos—*cada diez y seis por cada uno*— pueden extinguirse á un tiempo; puesto que con esta interpretacion, que el mismo comentarista rechaza, quedarian completamente falseados el principio y el objeto de la ley.

Tres cadenas perpétuas extinguidas á un tiempo, no llegarán jamás á ser más que una cadena.

Este caso, por su imposibilidad, se halla expresamente excluido en el mismo art. 88, como tambien otros muchos, que no es necesario señalar.

¿Pero cabe, por ventura, la ocasion en que dos penas distintas, tres penas, cuatro penas, puedan extinguirse á un mismo tiempo?

Porque si hallamos contestacion afirmativa, y así llega á demostrarse, no podrémos ménos de convenir en que el art. 88, siquiera sea como principio, está perfectamente en su lugar.

Porque, en otro caso, seria preciso convenir en que es perfectamente ocioso, y en que tanto los legisladores de 1848 y 1850, como los de 1870, debieron haberlo suprimido.

En nuestra opinion, que ha venido á nosotros despues de haber apurado todas las combinaciones posibles de penas, tomadas de sus diversas escalas graduales, y de la escala de su respectiva gravedad, segun se marcan en la regla 1.ª del art. 89, si, por punto general, no cabe el cumplimiento simultáneo de dos, tres ó cuatro penas diferentes, no ya precisamente dentro de sus diversas categorías y consecuencias, sino dentro de la misma condicion humana, cuyos límites propios á nadie es dado traspasar, no por eso la exclusion de toda posibilidad es absoluta.

Pongamos el caso de un funcionario público, acusado y convicto de haber cometido los delitos previstos y castigados en los artículos del Código 204, número 3.° y 215, número tambien 3.°; el primero, por haberse arrogado atribuciones judiciales, imponiendo á determinada persona un castigo equivalente á pena leve, y el segundo, por haber causado á otra distinta vejacion injusta, con ocasion del registro de efectos ó papeles.

Si ámbos abusos proceden de distintos cargos, que bien pueden reunirse en un mismo funcionario, y la suspension, por cada uno de ámbos hechos, se refiere al cargo respectivo, ¿qué inconveniente puede haber en la simultaneidad de la extincion de ámbas suspensiones, y al propio tiempo del pago de la multa, que tambien lleva el segundo?

Pero si á este ejemplo se opone el reparo de que la suspension abraza además el derecho de sufragio, activo y pasivo, profesion y oficio, viniendo á resultar, con ello, que el cumplimiento simultáneo de ámbas acortaria en la mitad su duracion, respecto, al ménos, de estos extremos generales, traigamos la cuestion á otro punto más claro y más concreto.

Se procesa á un indivíduo por haber usado á sabiendas sellos ó contraseñas falsos;—art. 293, párrafo segundo—por haber usado tambien una cédula de vecindad falsificada;—art. 322—por haberse vestido pública é indebidamente un uniforme propio de un cargo, que no ejerce;—artículo 348—y por haber causado á otro una lesion, que hizo necesaria por espacio de once dias la asistencia facultativa;—art. 433—total, cuatro delitos diferentes.

Condenado por este último en la pena de destierro y 200 pesetas de multa, y por los otros tres en una multa igual por cada uno, no es ya que no sea posible la extincion simultánea de las expresadas cuatro penas, sino que por precision simultáneamente han de extinguirse.

El principio, pues, de la simultaneidad, en el cumplimiento de las penas, determinado en el art. 88 del Código vigente, no es de todo punto insostenible.

Y como quiera que si bien es verdad que en las leyes no deben consignarse mandatos ó preceptos, que luego, en su ejecucion, sean irrealizables, lo es tambien, que desde el momento, en que puede darse una eventualidad que los justifique, no deben omitirse, el art. 88 no es ni puede parecer ocioso.

Esto aparte, donde el verdadero principio de la no impunidad, dada la comision de diversos crímenes, se encierra; principio al cual responden tambien las legislaciones extranjeras en sus artículos respectivos, que dejamos apuntados, es en el 89 del Código vigente.

Adviértase, no obstante, que en algunos de los indicados países, principalmente en Francia, la jurisprudencia moderna ha cambiado muy notablemente en esta parte, hasta el punto de haberse abolido por completo la allí antes llamada *acumulacion de penas;* habiéndose establecido una regla comun, segun la cual, el castigo, que predomina y absorbe todos los demás—en la ejecucion de varios delitos—es el del más grave.

No es, pues, como disponia el Código francés, en el artículo que ci-

tamos antes, aquello de que, cuando por disposicion de la ley se impongan varias penas á un delincuente, debe sufrirlas éste, una despues de otra, si son de un mismo género, y las más graves primero, si son de género distinto; es que el principio de la llamada acumulacion ha sido sustituido, en la legislacion francesa, con la imposicion en su grado máximo de la más grave de aquellas, en que haya incurrido el delincuente.

«La defensa social—dicen los jurisconsultos MM. Chauveau y Hélie, comentando favorablemente la nueva jurisprudencia establecida—la defensa social no exige más que una pena: una sola pena basta para la expiacion de todos los crímenes, que hayan podido cometerse: cualquiera otra no significa más que un rigor de todo punto inútil.»

Por más que la sociedad castigue á aquel de sus miembros, que delinque, no por espíritu de venganza, sino en interés de su propia conservacion; por más que el objeto de toda pena sea el de corregir y evitar, por medio del castigo, la repeticion de los delitos, no es posible desconocer que aquella teoría, puramente humanitaria, está en evidente contradicion con las disposiciones indeclinables de la ley, que fijan y determinan, para su debida, necesaria y respectiva expiacion, las acciones ú omisiones penadas por la misma.

Cada crímen cometido exige imperiosamente su castigo, y donde existen dos, ó tres ó cuatro actos punibles, la justicia, la humanidad, el objeto mismo de la represion, que en el interés de estas se entraña, no se pueden contentar ni satisfacer con una sola pena.

Esto vendria á suponer, en último término, cierta impunidad y bien fácil es comprender hasta dónde podrian, bajo tal sistema, multiplicarse los delitos.

Aceptamos, por lo tanto, si no en toda la extension de sus términos, en toda la rectitud de sus dos reglas, en toda la filosofía de su pensamiento, en toda la conveniencia de su forma, nuestro art. 89, segun el cual, cuando todas ó algunas de las penas correspondientes no pudieran ser simultáneamente cumplidas—ya hemos visto que en algun caso pueden serlo—se debe seguir el órden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo.

Creemos que sobran en la primera regla todas las frases de posibilidad, por referirse á puntos, que desde luego se sobreentienden y se comprenden fácilmente.

En cuanto á la escala, que determina esa misma gravedad respectiva, que comienza en la muerte y acaba en el destierro, nosotros, que hemos venido sosteniendo la conveniencia, tanto del presidio y la prision menores como de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, no podemos ménos de notar su falta, insistiendo, por lo mismo, en su inclu-

sion y refiriéndonos en ello á cuanto sobre el particular hemos escrito.

Equitativa es tambien la modificacion, que expresan los tres párrafos de la regla segunda, y que, á los efectos de su aplicacion, fija en treinta años la duracion de la pena perpétua y dispone que, en ningun caso pueda exceder de cuarenta la penalidad, que haya de imponerse, siquiera sean varios los delitos cometidos.

Más allá de cuarenta años ni un dia solo; pero, dentro de ese espacio de tiempo, el máximo de la que debe sufrir el delincuente, autor de varios hechos justiciables, no podrá pasar del triple de la más grave, entre aquellas que le correspondan; dejando de imponérsele las restantes, tanto en este caso, cualquiera que sea la suma que produzcan, como en el de que esas tres partes reunidas traspasen el límite de esos cuarenta años designados.

Donde, por muchos que sean los delitos cometidos, se sufren cuarenta años de condena, que con diez y ocho ó veinte ya vividos por lo menos, suponen casi la duracion comun de la existencia humana, ó con tres tantos de la pena del más grave, la sociedad no puede ménos de darse por enteramente satisfecha, sin que ni un escrúpulo siquiera venga á quedar de impunidad.

Bien mirada, esta última es en realidad la jurisprudencia francesa, que más arriba dejamos indicada, siquiera no sea posible desconocer cuánta es la inconveniencia de su excesiva latitud y cómo, en la forma consignada en nuestro art. 89, responde con mayor seguridad y eficacia á los demás principios de la ley.

El art. 90 es tambien otro de los que modifican el precepto general, acercándose todavía más que el anterior al precepto francés, que anuló la acumulacion, en el sentido que allí se quiso dar siempre á la frase; pero aplicable entre nosotros, no genéricamente, en toda ocasion y en toda causa, sino con más propiedad en dos casos especiales y por todo extremo diferentes.

Un amante celoso dispara una escopeta contra su rival, llevado de la idea de matarlo, y consigue su objeto, pero mata además á otro, que habla con él ó pasa en aquel momento por su lado.

En esta ocasion no hay más que un hecho, del cual resultan dos delitos.

Ese mismo indivíduo, con la escopeta preparada, busca la oportunidad á su deseo y no pudiendo hallarla, porque su enemigo no sale de su casa, penetra en ella, á pesar de estarle la entrada expresamente prohibida, y contra los esfuerzos de su familia, que le sale al encuentro en el portal, á fin de rechazarlo, registra sus habitaciones, le encuentra y le da muerte.

Aquí hay dos delitos diferentes, medio necesario el uno para cometer el otro: allanamiento de morada, con violencia é intimidacion, y asesinato ú homicidio.

Pues ni en este ni en el otro caso quiere la ley que se impongan al culpable las dos penas correspondientes á los dos delitos cometidos, por esas especiales circunstancias que los identifican; formando de ambos, en sus dos respectivas ocasiones, un solo acto, con enlace tal y tanta y tan íntima dependencia uno de otro, que ó no aparece en resúmen más que un hecho, ó siendo dos, ambos van á un mismo fin.

Pero como la trascendencia en cada una de ellos es mayor, puesto que, cualquiera que haya sido la forma de la ejecucion, se han cometido dos evidentes infracciones, y no ha de quedar impune alguna de ellas, se salva el principio y se concilia la doctrina general, buscando la pena más grave, entre las señaladas á los dos hechos realizados, é imponiéndola en su grado máximo al culpable.

Pena del allanamiento con violencia: prision correccional, en su grado medio y máximo y multa.

Pena del homicidio (dada esta calificacion, porque el ofendido pudo defenderse de su agresor y hubo entre ellos lucha), reclusion temporal.

Pena imponible por el doble hecho cometido: de diez y siete años, cuatro meses y un dia á veinte años de reclusion, como máximo de la más grave de las dos.

Dividido, pues, este espacio de tiempo, que es el que determina la penalidad señalada por la ley, en tres períodos iguales, que son los que deben formar sus tres grados, máximo, medio y mínimo, no hay ya sino atender á las demás circunstancias atenuantes ó agravantes, para imponerla en el que corresponda, segun las reglas, de que hemos tratado anteriormente.

El art. 90 del Código reformado—77 del anterior—que en la doctrina, que acabamos de explicar, es claro, puede, no obstante, llevar consigo algunas dudas, que no es fácil concretar á casos dados, pero sobre las cuales bueno es decir algo.

Algo hemos dicho antes de ahora sobre el homicidio de una mujer, que se halla en cinta.

¿El hombre convicto de haber dado muerte á una mujer embarazada está dentro de la disposicion terminante del art. 90?

Punto de discusion tan delicado es este y tan complejo, que algunos creen que no deben resolverlo los tribunales, por sí solos, sin el auxilio de la ciencia médica, por medio de la cual cabe, con mayor exactitud, la apreciacion de las circunstancias, que en cada caso pueden decidirlo.

¿Hay aborto, en el sentido del núm. 1.° del art. 425 del Código, cuando á una mujer en cinta se dá muerte violenta?

Si contestamos afirmativamente á esta pregunta, la solucion del problema no es dudosa.

Pero es que en las condiciones esenciales de todo embarazo, no siempre entiende la ciencia médica que, dentro del cláustro materno, el feto ha llegado al estado perfecto de vivificacion, hasta el punto de que la muerte de la madre lleve consigo la del hijo.

Para nosotros, sin embargo, como hemos dicho antes y ahora repetimos, esta cuestion, que, siendo en efecto puramente científica, casi parece indefinible, dentro de la ciencia misma, no puede afectar al precepto concreto y terminante de la ley.

El que de propósito causare un aborto—dice esta—y lo causare ejerciendo violencia en la persona de la mujer embarazada, será castigado con la pena de reclusion temporal.

El aborto es el delito, que como de innegable gravedad, sigue en órden al infanticidio, al homicidio y al asesinato, y desde el momento, en que una mujer sucumbe herida del puñal ó por consecuencia del tósigo ó de cualquier otro modo justiciable, si resulta y se acredita que se hallaba en cinta, el hecho no puede menos de revestir ese doble carácter, con que distingue y pena los de su clase el art. 90, sea el que quiera el estado de adelanto, en que se encuentre.

En primer lugar, porque el Código no fija la época del embarazo, en que se haya de producir el aborto, para que se entienda cometido el crímen: en segundo, porque desde el instante mismo, en que se produce la concepcion y se sabe y se conoce, la muerte violenta de la madre determina indudablemente la muerte del sér, que lleva en sus entrañas, cuyo estado de viabilidad, más ó ménos perfecto, nada importa á los efectos materiales del atentado cometido: en tercero, porque atendiendo siempre la ley á la inmoralidad de las acciones, para castigarlas más ó ménos gravemente, no es posible desconocer ni negar cuánto es mayor la que supone el hecho de matar á una mujer, que se halla en cinta: en cuarto, porque esta doble circunstancia significa indudablemente dos delitos, producto de un solo hecho, cuales son el homicidio y el aborto.

El único reparo, que se podria oponer á esta doctrina, seria el de la acepcion gramatical, que, segun el Diccionario de la Academia, tiene la palabra, en eso de entenderse que el aborto expresa un parto antes de tiempo ó un mal parto; cuando precisamente respecto de la mujer, que muere embarazada, ni hay verdadero mal parto ni parto antes de tiempo.

Y sin embargo, el aborto en sí no supone otra cosa que la muerte intencional anticipada del sér ó feto, que no llega á nacer en perfectas

condiciones de viabilidad, ya sea por accidentes naturales, ya por actos de violencia ejercidos en la madre, ya, en fin, por la muerte misma de ésta, á cuya vida no puede ménos de estar íntimamente subordinada la vida de su hijo.

No es, pues, reparo sério, y habremos, por lo tanto, de convenir, en que el homicidio de una mujer en cinta, una vez este extremo acreditado, se halla de lleno dentro de las especiales condiciones del art. 90 del Código actual.

¿Y habrá de decirse lo mismo respecto de la imprudencia temeraria, en el caso de que por ella se produzcan dos hechos, que con malicia ejecutados, constituyeran dos delitos diferentes?

Un ginete entra en poblado, llevando pendiente del arzon de su silla una escopeta cargada y montada, sucediendo que, en uno de los movimientos del caballo, se dispara.

El proyectil mata á una niña, que está jugando en el portal de su casa, y yendo á parar de rebote á una mujer, que no está lejos, le produce una lesion en la cara, de cuyas resultas pierde un ojo.

La calificacion de imprudencia, con relacion al acto generador de ambas desgracias, no es dudosa: los dos delitos graves, que han resultado del mismo, son de igual modo notorios.

¿Se impondrá, pues, al imprudente, como si su accion hubiera producido un solo delito grave, la primera de las penas designada en el artículo 581, al prudente arbitrio de los tribunales y sin sujetarse á las reglas, que en el art. 82 se determinan?

No titubeamos un solo momento en responder negativamente á esta pregunta.

La imprudencia es una: las infracciones graves, que ella ha producido, y que como tales, se habrian de penar, si hubiera habido malicia, son dos, y cuando un solo hecho constituye dos ó más delitos, se debe imponer la pena correspondiente al más grave, aplicándola en su grado máximo, segun en el párrafo 2.° del art. 90 se dispone.

La ley no atiende aquí al orígen ni á las condiciones del hecho generador, de donde nacen los dos ó más delitos, que castiga como uno solo, pero más severamente; atiende á ese doble resultado y aplicada, por consiguiente, esta doctrina, comun á todos los casos, que encierran en sí ese carácter de duplicidad criminal, la modificacion de la pena podrá determinarla únicamente la falta de malicia en la ejecucion, pero dentro siempre de los principios generales de la ley.

Del disparo, por imprudencia, resultaron dos delitos graves, ó uno grave y otro ménos grave, si se quiere.

La pena, en el primer caso, segun el primer período del citado ar-

tículo 581, es la de arresto mayor, en su grado máximo á prision correccional en su grado mínimo, y la de arresto mayor, grados mínimo y medio, en el segundo.

Siendo, pues, la primera la más grave, dividida en tres períodos iguales, para formar sus tres grados, mínimo, medio y máximo, dentro de este último, que es indudablemente el señalado como pena concreta por la ley, en su mayor ó menor extension, pero sin salirse de él, la podrán aplicar los tribunales, segun su prudente arbitrio y sin sujetarse á las reglas del art. 82; que así, y no de otra manera, pueden combinarse, entenderse y cumplirse extrictamente los preceptos del 90 y del 581, á que nos hemos venido refiriendo.

Una sentencia del Tribunal Supremo, dada en 16 de diciembre de 1872, casando y anulando la dictada por la Audiencia de..... en causa que se siguió en la misma, por el doble delito de allanamiento de morada y violacion, nos ofrece la oportunidad de iniciar, en ese mismo sentido del art. 90, otro punto de doctrina, que tambien es importante.

Denunciado el hecho á la autoridad, resultó, en efecto, que un individuo allanó con intimidacion la morada agena, cometiendo en ella el delito de violacion, con cuyo motivo se siguió el proceso, en el cual fueron complicados otros varios.

La ofendida perdonó primero y contrajo despues matrimonio con el violador, en cuya virtud, extinguida la accion penal, el juez de primera instancia, por auto que aprobó la Audiencia del territorio, sobreseyó, sin ulterior progreso en las diligencias con tal motivo practicadas.

Interpuesto recurso de casacion por el Ministerio fiscal, fundado en la impunidad que del mismo resultaba, respecto del delito de allanamiento, que era público, y al cual no podia alcanzar la condonacion de la ofendida, fué admitido.

Cuestion.

Cuando la ley identifica de tal manera los dos delitos, medio necesario el uno para cometer el otro, que los considera uno solo y los castiga con una sola pena, ¿puede un tribunal por sí, siquiera sea el Supremo, dividirlos y separarlos, y bajo el concepto de haberse extinguido la accion penal en aquel, que fué el delito fin, por ser de carácter privado, una vez dado el perdon, dirigir su fallo aisladamente contra aquel otro, que fué el delito, medio necesario, y castigarlo?

¿Dónde está el precepto legal, que así lo autorice, consienta y determine?

Cierto que el allanamiento de morada, en su índole propia, es un delito público; pero así y todo hay que considerarlo, en el caso expuesto, tan ligado, tan inherente al de violacion, que sin él, este segundo no hubiera podido cometerse.

Aclararemos más adelante este concepto.

Dijo el Tribunal Supremo que la voluntad de la ofendida no tenia influencia sobre la persecucion y pena del allanamiento, en su carácter de delito público, y que, por lo mismo, no podian alcanzar á él los efectos del perdon, que otorgaba á su ofensor.

Véase, sin embargo, que el delito principal en sí, no fué otro que el de violacion, cometido por medio del allanamiento que, en el caso que hemos referido, no pudo tener otro carácter ni produjo otro efecto, siquiera él, por sí sólo, sea un delito público independiente, que el de una circunstancia agravante especial, que es, en realidad, como la ley lo reconoce.

No hay hecho criminal cualquiera, en que la intencion no lo sea todo, sin que los medios de realizarla puedan ir más allá de ese mismo todo, que en su reunion de circunstancias, más ó ménos independientes, pero enlazadas entre sí, constituyen el delito.

Cuando la violacion no pudo haberse ejecutado en otro paraje ni por otro medio que el del allanamiento, no es posible legal, racional ni filosóficamente, que ambos actos marchen separados, ni que por más accidentes, adversos ó favorables, que luego hayan sobrevenido, una parte del hecho comun desaparezca y otra parte quede subsistente.

Una vez muerto el corazon, muere necesariamente todo el cuerpo.

Así como no es posible separar el puñal de la herida, que causa el homicidio, ni la alevosía ó premeditacion del asesinato, cuando con alguna de estas circunstancias se ha llevado á efecto, tampoco se puede separar el allanamiento, cuando ha sido el medio necesario de la violacion, para dejarlo completamente aislado, y, como delito aparte, perseguirlo y castigarlo.

La intimidacion, en el allanamiento, estuvo tan perfectamente enlazada á la fuerza ejercida en la mujer violada, que si fuera posible anteponer el perdon del ultraje, se veria como la base, la esencia, el fundamento del delito medio perdia su razon de ser y su carácter criminal.

Y lo decimos de este modo, siquiera pueda haber en los términos de la comparacion algo de violencia, para mejor demostrar que sin la idea precisa, concreta y única de la violacion, ni se hubiera cometido el allanamiento, ni éste hubiera llevado en sí de modo alguno la idea, el deseo, el móvil del hecho deshonesto y grave, que fué la causa determinante de la principal accion ejecutada.

Una de dos: ó el allanamiento fué la ocasion, sin la cual la realizacion del pensamiento punible no se hubiera efectuado, ó la violacion se pudo ejecutar por otros medios.

En este segundo caso, no debió haberse hecho aplicacion del art. 90;

en el primero el art. 90 no ha podido dividirse, ni entrar en ilegítima participacion con otro artículo del Código.

Es lo mismo, ó asunto parecido, que si el violador, al intentar el hecho justiciable, por la violencia material ejercida en su víctima, consecuencia natural del acto mismo y á fin de consumarlo, le hubiese producido lesiones ménos graves ó graves, y una vez perdonado aquel, se tratase de separar éstas de la violacion, como delito público que son, para perseguirlas por separado y castigarlas.

¡Pues qué!... ¿Lesiones y violacion no son un hecho solo, del cual han resultado esos mismos dos delitos, tan subordinados entre sí, que donde va el uno va el otro, hasta el punto de que separados, perderian necesariamente su carácter distintivo dentro de la ley?

¡Pues qué! ¿Allanamiento y violacion no constituyen ese doble conjunto indivisible, que le da su forma especial al delito cometido, uno en el ánimo, uno en la voluntad, uno en la intencion del delincuente?

¿No son dos partes de un todo inseparable, que unidas significan precisamente el hecho, que el Código castiga con una pena mayor, mientras que cada una por su lado dejan de ser lo que son juntas?

¿Y la cuestion de costas?

Si el delito, por que en primer término se ha procedido, el que ha producido las principales y más importantes actuaciones de la causa, es el de violacion y respecto de éste, dado el perdon, se sobresee, ¿las costas devengadas, á consecuencia de este hecho independiente, segun quiere suponerse, las habrá de abonar el condenado, por el allanamiento de morada, á quien ninguna responsabilidad alcanza por el otro?

Hé aquí otra imposible division del art. 90.

Nosotros respetamos, como es justo, la resolucion del Tribunal Supremo, que, por la sentencia ántes indicada, ha establecido otra jurisprudencia diferente, y lamentamos tambien hallarnos, respecto del particular, en disidencia con la mayoría de nuestros estimados compañeros, de quienes es la razon naturalmente.

Pero si á esa más autorizada opinion nos sometemos, haciendo un esfuerzo, para comprender la eficacia de los contrarios argumentos, segun los dos considerandos, segundo y tercero, de la sentencia referida, no por eso hemos querido dejar de apuntar los nuestros, muchísimo más débiles, sin duda, pero bastantes, á lo ménos, para traernos al ánimo la más profunda duda.

Bueno es, por lo mismo, que la cuestion quede iniciada, por si otros quieren más extensa y resueltamente entrar en ella.

Y esto dicho, entremos ahora nosotros en el exámen del art. 92, puesto que la doctrina del 91, con relacion á lo dispuesto en la seccion

tercera del capítulo 3.°, ya explicada, es por demás clara y sencilla, y volvamos, ante todo, la vista á la página 17 de este libro, donde aparecen copiadas las seis escalas graduales de las penas, que deben servir de regla, para determinar cuáles hayan de ser, en sus casos respectivos, las inferiores ó superiores, en uno ó más grados, á las determinadas por la ley.

Excusamos repetir—recordando nuestras anteriores explicaciones—que desde luego echamos de ménos el presidio menor en la primera, la prision menor en la segunda, y la sujecion á la vigilancia de la autoridad en la tercera y cuarta, que en el Código de 1850 formaban una sola.

Con estas escalas á la vista, si la pena imponible ó determinada por la ley es, por ejemplo, la de presidio mayor, la inmediata superior en un grado es la de cadena temporal, ó la de cadena perpétua, si se eleva en dos, y la de presidio correccional—dada la extincion del presidio menor—ó la de arresto, en cualquiera de ámbos conceptos, si ha de rebajarse. *(Escala número 1.°)*

Si se trata de reclusion temporal, la superior irá á la reclusion perpétua y la inferior á la prision mayor. *(Escala número 2.°)*

Es decir, que ninguna de las penas de esta escala—baje ó suba—sobre la que la ley marca al delito, puede mezclarse ni alternar con las penas de la otra, ni con las contenidas en las cuatro que le siguen.

Pero como en una y otra el arresto es la última de todas, el citado artículo 92, en su párrafo tercero, determina que, para aplicar la superior al mismo, debe atenderse á aquella de las dos, donde en mayor número se castiguen los delitos más graves de la misma especie.

Se procede—por ejemplo—á consecuencia de un hurto en cantidad mayor de 10 pesetas y menor de 100, cuya pena, con arreglo al número 4.° del art. 531, es la de arresto mayor, en toda su extension.

Resulta, sin embargo, que el culpable es dos veces reincidente, y que, al tenor del número 3.° del 533, se le debe castigar con la inmediata superior.

¿La buscaremos en la escala número 2.°, imponiéndole la prision correccional?

No, porque las penas más graves de los delitos de la misma especie, que son los que se cometen contra la propiedad, se hallan comprendidas en la escala número 1.°, y, por consiguiente, es la de presidio correccional la que, segun la ley, le corresponde.

Esto es demasiado claro, para que insistamos en ello, como lo es tambien eso otro, que dice el art. 93, de que la multa debe considerarse la última de las penas, en todas las escalas graduales, y de que, cuando se imponga en tal concepto, la responsabilidad subsidiaria, por insolvencia

del culpable, á razon de un dia por cada cinco pesetas, no podrá exceder, en su duracion, de un tiempo igual al correspondiente á la pena inmediatamente superior de las escalas respectivas.

El Código de 1850 fué en esta parte más concreto.

En los casos de la prision por via de apremio, segun el párrafo último de su art. 82, la prision, en lo referente á la multa, cuando se imponia como la última de todas las penas, no podia pasar de treinta dias.

La innovacion introducida en el de 1870 le dá extension mayor, puesto que la prision debe subordinarse al tiempo del arresto, por ejemplo, ó de la suspension, segun el delito, por que la multa se haya impuesto y la escala gradual á que corresponda.

El Código de Napoleon—en su art. 50—regulando los tipos máximo y mínimo de las multas, establecia, en su último párrafo, que nunca en materia criminal se podian imponer como penas principales.

Dado el sistema, que nuestros modernos legisladores han seguido, para mejor obtener la compensacion exacta y justa entre la culpa y su castigo, y cuando éste, por la escasa importancia de aquella, debe ser muy leve, nada más á proposito que la multa, que, si bien puede elevarse á gran altura, con quebranto grave y formal de la fortuna de aquel, á quien se aplica ó impone, tambien se puede disminuir cuanto se crea conveniente, sirviendo su misma elasticidad, para buscar y hallar el punto medio, en que consista precisamente su justicia.

Y ya hemos dicho, y no hemos de repetir, la ventaja que encontramos en el sistema que expusimos, al explicar el art. 84, para elevar ó rebajar las multas; más propio, en nuestro concepto, más claro y más sencillo que ese otro de las cuartas partes, que en el art. 95 se establece.

El pensamiento, sin embargo, es el mismo, y, en una ú otra forma, la regulacion no puede ofrecernos duda alguna.

Ni tampoco la hay acerca de la inteligencia, que ha de darse al artículo 96, segun el cual deben cambiarse ó conmutarse en reclusion perpétua ó temporal, prision mayor ó correccional, las penas de cadena ó presidio, cuando las que hayan de ser condenadas á ellas sean mujeres; disposicion que ha variado en mucho, y con notoria ventaja, la contenida en el art. 99 del Código de 1850, donde solo se hubo de designar el establecimiento, en que habian de extinguir sus condenas aquellas, que á cadena perpétua ó temporal hubiesen sido sentenciadas.

Tres reglas contiene, á su vez, el art. 94 del Código de 1870, que no existian en los de 1848 y 1850, y que hemos pospuesto, trayéndolas á este lugar, para dar á nuestras explicaciones la ilacion más conveniente; siendo su objeto, como en ellas se demuestra, el de aclarar cuál

es la pena inmediatamente superior á una determinada, cuando la ley no la designa especialmente.

Con exclusion de la de muerte, en todo caso, si la superior inmediata fuese ésta, ó cuando no la hubiese en la escala respectiva, por ser las de cadena ó reclusion, ó inhabilitacion absoluta ó especial perpétuas las determinadas por la ley, la mayor agravacion habrá de entenderse dentro de las mismas, en su categoría propia; pero con el recargo de diez años, sobre los treinta que marca el art. 29, para optar al indulto, que no se obtendrá hasta los cuarenta.

La superior inmediata á la de relegacion perpétua, debe ser la de reclusion tambien perpétua, y la de extrañamiento perpétuo la superior á la de relegacion igualmente perpétua.

Ya hemos dicho ántes, y así lo consigna, con mayor extension, el art. 97, del que tambien á otro propósito hemos hablado, que en las penas divisibles el período legal de su duracion se entiende distribuido en tres partes iguales, que forman los tres grados, mínimo, medio y máximo, con cuanto más sobre este mismo particular en el art. 98 se dispone.

Sin necesidad, pues, de repetirlo, pero á fin de dar toda la conveniente amplitud á la tabla demostrativa de la duracion de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada uno de sus grados, que entre ambos artículos—97 y 98—nos ofrece el Código de 1870, prescindiendo del presidio y de la prision menores, que en su escala general se han suprimido, vamos á ofrecer á nuestros lectores, en este lugar de nuestra obra, diferentes cuadros ó tablas sinópticas, que puedan servir de norma, respecto de la division de las penas, en la mayor parte de los casos principales, que para su estudio y aplicacion puedan ofrecerse.

Por no duplicarla, segun acabamos de hacer con las seis escalas graduales, omitimos la *tabla demostrativa de la duracion de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada uno de sus grados*, que en el libro 1.° del Código va á continuacion de su art. 97, y que, cabalmente, al hablar, como síntesis general, de la aplicacion de las mismas, dejamos copiada á la pág. 19 de este tomo, á la cual nos remitimos.

Setenta y seis son los delitos, que, en el hoy vigente, se castigan con penas compuestas, divisibles ó indivisibles, y á ellas únicamente habremos de ajustarnos en los cuadros, que acabamos de indicar, y vamos á exponer.

Tomándolas, pues, por su órden, de mayor á menor gravedad, son estas que siguen :

De cadena ó reclusion temporal, en su grado máximo, á muerte.
De cadena ó reclusion temporal á cadena ó reclusion perpétua.

De cadena temporal, en su grado medio, á cadena perpétua.

De reclusion temporal á muerte.

Reclusion temporal, en sus grados medio y máximo.

De relegacion temporal, en su grado máximo, á relegacion perpétua.

De presidio ó prision mayor, en su grado medio, á cadena temporal, en su grado mínimo.

De presidio mayor, en su grado medio, á reclusion temporal.

De prision mayor, en su grado máximo, á reclusion temporal, en su grado medio.

Prision mayor, en sus grados medio y máximo.

Presidio mayor, confinamiento ó inhabilitacion absoluta temporal, en sus grados mínimo y medio.

De confinamiento, en su grado máximo, á relegacion temporal.

De inhabilitacion absoluta temporal á inhabilitacion absoluta perpétua.

De inhabilitacion absoluta ó especial temporal, en su grado máximo, á inhabilitacion absoluta ó especial perpétua.

Inhabilitacion absoluta ó especial temporal, en su grado mínimo.

De presidio correccional, en su grado máximo, á presidio mayor, en su grado medio.

De presidio correccional á presidio mayor, en su grado medio.

De presidio, ó prision correccional, en su grado máximo, á presidio ó prision mayor, en su grado mínimo.

De presidio ó prision correccional, en su grado medio, á presidio ó prision mayor, en su grado mínimo.

Presidio ó prision correccional, ó destierro, en sus grados medio y máximo.

Presidio ó prision correccional, ó destierro, en sus grados mínimo y medio.

De suspension, en su grado máximo, á inhabilitacion absoluta temporal, en su grado medio.

De suspension, en su grado máximo, á inhabilitacion absoluta temporal, en su grado mínimo.

De suspension, en su grado medio, á inhabilitacion absoluta temporal, en igual grado.

Suspension, en sus grados medio y máximo.

Suspension, en sus grados mínimo y medio.

De arresto mayor, en su grado máximo, á presidio ó prision correccional, en su grado medio.

De arresto mayor, en su grado máximo, á presidio ó prision coreccional, en su grado mínimo.

De arresto mayor á prision correccional, en su grado medio.

De arresto mayor, en su grado medio, á presidio ó prision correccional, en su grado mínimo.

Arresto mayor, en sus grados medio y máximo.

Arresto mayor, en sus grados mínimo y medio.

Arresto mayor, en su grado máximo.

Arresto mayor, en su grado medio.

Arresto mayor, en su grado mínimo.

Veamos ahora los

CUADROS RESPECTIVOS

PENA SEÑALADA AL DELITO POR LA LEY.	DURACION DE LA PENA.	GRADOS.		
		MÍNIMO.	MEDIO.	MÁXIMO.
De cadena ó reclusion temporal, en su grado máximo, á muerte.	»	De 17 años, 4 meses y 1 dia á 20 años.	Cadena perpétua.	Muerte.
De cadena ó reclusion temporal á cadena ó reclusion perpétua.	»	De 12 años y 1 dia á 16 años.	De 16 años y un 1 dia á 20 años.	Cadena perpétua.
De cadena temporal, en su grado medio, á cadena perpétua.	»	De 14 años, 8 meses y 1 dia á 17 años y 4 meses.	De 17 años, 4 meses y 1 dia á 20 años.	Cadena perpétua.
De reclusion temporal á muerte.	»	De 12 años y 1 dia á 20 años.	Reclusion perpétua.	Muerte.
Reclusion temporal, en sus grados medio y máximo.	De 14 años, 8 meses y 1 dia á 20 años.	De 14 años, 8 meses y 1 dia á 16 años, 5 meses y 10 dias.	De 16 años, 5 meses y 11 dias á 18 años, 2 meses y 20 dias.	De 18 años, 2 meses y 21 dias á 20 años.
De relegacion temporal, en su grado máximo, á relegacion perpétua.	»	De 17 años, 4 meses y 1 dia á 18 años, 8 meses y 3 dias.	De 18 años, 8 meses y 4 dias á 20 años.	Relegacion perpétua.
De presidio ó prision mayor, en su grado medio, á cadena temporal, en su grado mínimo.	De 8 años y 1 dia á 14 años y 8 meses.	De 8 años y 1 dia á 10 años, 2 meses y 20 dias.	De 10 años, 2 meses y 21 dias á 12 años, 5 meses y 10 dias.	De 12 años, 5 meses y 11 dias á 14 años y 8 meses.

De prision mayor, en su grado medio, á reclusion temporal.	De 8 años y 1 dia á 20 años.	De 8 años y 1 dia á 12 años.	De 12 años y 1 dia á 16 años.	De 16 años y 1 dia á 20 años.
De prision mayor, en su grado máximo, á reclusion temporal, en su grado medio.	De 10 años y 1 dia á 17 años y 4 meses.	De 10 años y 1 dia á 12 años, 5 meses y 12 dias.	De 12 años, 5 meses y 13 dias á 14 años, 10 meses y 24 dias.	De 14 años, 10 meses y 25 dias á 17 años y 4 meses.
Prision mayor, en sus grados medio y máximo.	De 8 años y 1 dia á 12 años.	De 8 años y 1 dia á 9 años, 4 meses y 2 dias.	De 9 años, 4 meses y 3 dias á 10 años, 8 meses y 4 dias.	De 10 años, 8 meses y 5 dias á 12 años.
Presidio mayor, confinamiento ó inhabilitacion absoluta temporal, en sus grados mínimo y medio.	De 6 años y 1 dia á 10 años.	De 6 años y 1 dia á 7 años, 4 meses y 2 dias.	De 7 años, 4 meses y 3 dias á 8 años, 4 meses y 4 dias.	De 8 años, 8 meses y 5 dias á 10 años.
De confinamiento, en su grado máximo, á relegacion temporal.	De 10 años y 1 dia á 20 años.	De 10 años y 1 dia á 13 años, 4 meses y 2 dias.	De 13 años, 4 meses y 3 dias á 16 años, 8 meses y 4 dias.	De 16 años, 8 meses y 5 dias á 20 años.
De inhabilitacion absoluta temporal á inhabilitacion absoluta perpétua.	»	De 6 años y 1 dia á 9 años.	De 9 años y 1 dia á 12 años.	Inhabilitacion absoluta perpétua.
De inhabilitacion absoluta ó especial temporal, en su grado máximo, á inhabilitacion absoluta ó especial perpétua.	»	De 10 años y 1 dia á 11 años.	De 11 años y 1 dia á 12 años.	Inhabilitacion absoluta ó especial perpétua.
Inhabilitacion absoluta ó especial temporal, en su grado mínimo.	De 6 años y 1 dia á 8 años.	De 6 años y 1 dia á 6 años, 8 meses y 4 dias.	De 6 años, 8 meses y 5 dias á 7 años 4 meses y 2 dias.	De 7 años, 4 meses y 3 dias á 8 años.

PENA SEÑALADA AL DELITO POR LA LEY.	DURACION DE LA PENA.	GRADOS MÍNIMO.	MEDIO.	MÁXIMO.
De presidio correccional, en su grado máximo, á presidio mayor, en su grado medio.	De 4 años, 2 meses y 1 dia á 10 años.	De 4 años, 2 meses y 1 dia á 6 años, 1 mes y 10 dias.	De 6 años, 1 mes y 11 dias á 8 años y 20 dias.	De 8 años y 21 dias á 10 años.
De presidio correccional á presidio mayor, en su grado medio.	De 6 meses y 1 dia á 10 años.	De 6 meses y 1 dia á 3 años, 8 meses y 2 dias.	De 3 años, 8 meses y 3 dias á 6 años, 10 meses y 4 dias.	De 6 años, 10 meses y 5 dias á 10 años.
De presidio ó prision correccional, en su grado máximo, á presidio ó prision mayor, en su grado mínimo.	De 4 años, 2 meses y 1 dia á 8 años.	De 4 años, 2 meses y 1 dia á 5 años, 5 meses y 12 dias.	De 5 años, 5 meses y 13 dias á 6 años, 8 meses y 24dias.	De 6 años, 8 meses y 25 dias á 8 años.
De presidio ó prision correccional, en su grado medio, á presidio ó prision mayor, en su grado mínimo.	De 2 años, 4 meses y 1 dia á 8 años.	De 2 años, 4 meses y 1 dia á 4 años, 2 meses y 20 dias.	De 4 años, 2 meses y 21 dias á 6 años 1 mes y 10 dias.	De 6 años, 1 mes y 11 dias á 8 años.
Presidio ó prision correccional, ó destierro, en sus grados medio y máximo.	De 2 años, 4 meses y 1 dia á 6 años.	De 2 años, 4 meses y 1 dia á 3 años, 6 meses y 22 dias.	De 3 años, 6 meses y 23 dias á 4 años 9 meses y 14 dias.	De 4 años, 9 meses y 15 dias á 6 años.
Presidio ó prision correccional, ó destierro, en sus grados mínimo y medio.	De 6 meses y 1 dia á 4 años y 2 meses.	De 6 meses y 1 dia á 1 año, 8 meses y 22 dias.	De 1 año, 8 meses y 23 dias á 2 años, 11 meses y 14 dias.	De 2 años, 11 meses y 15 dias á 4 años y 2 meses.
De suspension, en su grado máximo, á inhabilitacion absoluta temporal, en su grado medio.	De 4 años y 1 dia á 10 años.	De 4 años y 1 dia á 6 años.	De 6 años y 1 dia á 8 años.	De 8 años y 1 dia á 10 años.

De suspension, en su grado máximo, á inhabilitacion absoluta temporal, en su grado mínimo.	De 4 años y 1 dia á 8 años.	De 4 años y 1 dia á 5 años, 4 meses y 2 dias.	De 5 años, 4 meses y 3 dias á 6 años 8 meses y 4 dias.	De 6 años, 8 meses y 5 dias á 8 años.
De suspension, en su grado medio, á inhabilitacion absoluta temporal, en igual grado.	De 2 años y 1 dia á 10 años.	De 2 años y 1 dia á 4 años, 8 meses y 4 dias.	De 4 años, 8 meses y 5 dias á 7 años, 4 meses y 2 dias.	De 7 años 4 meses y 3 dias á 10 años.
Suspension, en sus grados medio y máximo.	De 2 años y 1 dia á 6 años.	De 2 años y 1 dia á 3 años, 4 meses y 1 dia.	De 3 años, 4 meses y 2 dias á 4 años, 8 meses y 4 dias.	De 4 años, 8 meses y 5 dias á 6 años.
Suspension, en sus grados mínimo y medio.	De 1 mes y 1 dia á 4 años.	De 1 mes y 1 dia á 1 año, 4 meses y 22 dias.	De 1 año, 4 meses y 23 dias á 2 años 8 meses y 14 dias.	De 2 años, 8 meses y 15 dias á 4 años.
De arresto mayor, en su grado máximo, á presidio ó prision correccional, en su grado medio.	De 4 meses y 1 dia á 4 años y 2 meses.	De 4 meses y 1 dia á 1 año, 7 meses y 12 dias.	De 1 año, 7 meses y 13 dias á 2 años, 10 meses y 24 dias.	De 2 años, 10 meses y 25 dias á 4 años y 2 meses.
De arresto mayor, en su grado máximo, á presidio ó prision correccional, en su grado mínimo.	De 4 meses y 1 dia á 2 años y 4 meses.	De 4 meses y 1 dia á 11 meses y 29 dias.	De 1 año á 1 año, 8 meses y 2 dias.	De 1 año, 8 meses y 3 dias á 2 años y 4 meses
De arresto mayor á prision correccional, en su grado medio.	De 1 mes y 1 dia á 4 años y 2 meses.	De 1 mes y 1 dia á 1 año, 5 meses y 12 dias.	De 1 año, 5 meses y 13 dias á 2 años, 9 meses y 24 dias.	De 2 años, 9 meses y 25 dias, á 4 años y 2 meses.
De arresto mayor, en su grado medio, á presidio ó prision correccional, en su grado mínimo.	De 2 meses y 1 dia á 2 años y 4 meses.	De 2 meses y 1 dia á 10 meses y 24 dias.	De 10 meses y 25 dias á 1 año, 7 meses y 12 dias.	De 1 año, 7 meses y 13 dias á 2 años y 4 meses

PENA SEÑALADA AL DELITO POR LA LEY.	DURACION DE LA PENA.	GRADOS		
		MÍNIMO.	MEDIO.	MÁXIMO.
Arresto mayor, en sus grados medio y máximo.	De 2 meses y 1 dia á 6 meses.	De 2 meses y 1 dia á 3 meses y 10 dias.	De 3 meses y 11 dias á 4 meses y 20 dias.	De 4 meses y 21 dias á 6 meses.
Arresto mayor, en sus grados mínimo y medio.	De 1 mes y 1 dia á 4 meses.	De 1 mes y 1 dia á 2 meses.	De 2 meses y 1 dia á 3 meses.	De 3 meses y 1 dia á 4 meses.
Arresto mayor, en su grado máximo.	De 4 meses y 1 dia á 6 meses.	De 4 meses y 1 dia á 4 meses y 20 dias.	De 4 meses y 21 dias á 5 meses y 10 dias.	De 5 meses y 11 dias á 6 meses.
Arresto mayor, en su grado medio.	De 2 meses y 1 dia á 4 meses.	De 2 meses y 1 dia á 2 meses y 20 dias.	De 2 meses y 21 dias á 3 meses y 10 dias.	De 3 meses y 11 dias á 4 meses.
Arresto mayor, en su grado mínimo.	De 1 mes y 1 dia á 2 meses.	De 1 mes y 1 dia á 1 mes y 10 dias.	De 1 mes y 11 dias á 1 mes y 20 dias.	De 1 mes y 21 dias á 2 meses.

Excusado parece advertir que allí donde la pena se compone de dos diferentes, la regulacion de su categoría ó su clasificacion se demuestra por sí misma, y sin más que buscar en la seccion primera del cap. 3.° del Código la duracion que comprende cada una.

Así, por ejemplo, cuando se trata de la de arresto mayor á prision correccional, y se dice que el grado mínimo es de 4 meses y 1 dia á 11 meses y 29 dias, desde luego se comprende que los primeros han de ser de arresto, y estos otros de prision, puesto que aquel, en toda su extension, no pasa de 6 meses.

Y cuando, al citar la de presidio correccional, en su grado medio á presidio mayor, en su grado mínimo, se dice que el medio es de 4 años, 2 meses y 21 dias á 6 años, 1 mes y 10 dias, no hay para qué explicar que estos últimos son de presidio mayor, y aquellos primeros de presidio correccional, toda vez que éste no puede ir más allá de sus 6 años.

Tres son los artículos, que comprende la seccion primera del cap. 5.° de Código de 1870, en los cuales se trata de la ejecucion de las penas y su cumplimiento, cuya doctrina, salvos los términos de redaccion, en uno de ellos, es igual á la que en los Códigos de 1848 y 1850 se hallaba establecida.

Ni el 99 ni el 100 pueden ofrecer, en su aplicacion, la más ligera duda.

Todo proceso, en averiguacion de la responsabilidad criminal de determinada persona, por el delito, que le ha sido imputado, es un problema, que no queda resuelto, hasta que el juzgador, que en último grado conoce de él, pronuncia su última palabra.

Mientras la audiencia del territorio, en que el hecho ha tenido lugar, confirmando ó revocando el fallo dictado por el juez de primera instancia, no pone definitivamente término al juicio; mientras el Tribunal Supremo, admitiendo, en su caso, ó denegando el recurso de casacion, que todavía puede interponerse, y confirmando ó casando y anulando el fallo de la audiencia, no decide sobre la culpabilidad ó inocencia del procesado, no hay sentencia firme.

Sin este requisito esencialísimo no puede ejecutarse pena alguna.

En tanto podrá llevarse á efecto el castigo de un delincuente, en cuanto la última sentencia posible, dentro de las condiciones legales de todo procedimiento criminal, consigne la certeza del delito, determine la responsabilidad de su autor, y fije y establezca la forma, en que la pena ha de aplicarse.

La verdad legal de la sentencia firme es la verdad legal de la sancion penal quebrantada ó infringida, y la verdad legal tambien del nombre de aquel que la quebranta.

Estas tres verdades inseparables forman precisamente ese conjunto, á que se refiere el citado art. 99 del Código de 1870—86 de los de 1848 y 1850—cuya idea, cuyo pensamiento, cuyo espíritu son los mismos que en nuestra antigua legislacion hallamos consignados.

«Non deben dar pena los juzgadores á los facedores de los yerros, que son acusados ante ellos, sino despues que les fueren probados en juicio..... porque la pena despues que es dada en el cuerpo del home, non se puede toller ni enmendar magüer entienda el juez haber errado.»

Esta misma doctrina, que es la síntesis de la ley 7.ª, tít. 31 de la Partida 7.ª, igual, en su tendencia, á la que tiempos ántes se hallaba establecida en la 1.ª, tít. 7, lib. 49 del Digesto, responde y obedece á un principio universal y eterno de justicia, que no existiria allí, donde se castigase á un hombre por un yerro cometido, si ántes no se demostrasen á un tiempo la evidencia del mismo y la evidencia de su culpa.

Pero no es solamente que no pueda ejecutarse pena alguna, que no haya sido impuesta por sentencia firme, sino que, dada ésta, es indispensable la observancia de la forma prescrita por la ley, sin más circunstancias y accidentes que los expresados en su texto.

La pena de muerte, por ejemplo, se debe ejecutar de dia, no festivo, con publicidad, en garrote, sobre un tablado, á las veinte y cuatro horas de notificada la sentencia; y aunque lo mismo se muere en la guillotina, que en el tajo, que en la horca, despues de veinte y cuatro ó cuarenta y ocho horas de capilla, la sentencia condenatoria no puede alterar, en lo más mínimo, esas condiciones legales, que son la forma precisa del castigo.

Hay, sin embargo, cuestiones de detalle, que no afectan á la índole esencial del mismo, y por esto ha sido, que tanto el Código de 1870, en su art. 100, párrafo 2.°, como los de 1848 y 1850, en el párrafo tambien segundo del 87, han dejado á los reglamentos especiales las medidas de seguridad, vigilancia, inspeccion, distribucion de trabajos, salubridad, comodidad, policía, disciplina y cuanto más, dentro de la pena impuesta, no ha podido ser objeto concreto de la ley.

Mucho podríamos extendernos, al tratar de esta materia, no ya precisamente sobre esos indicados puntos, relativos á la forma en las ejecuciones de las penas, sino sobre la falta absoluta que tanto, y de tanto tiempo atrás, se observa en España, respecto de la tán urgente organizacion de un sistema penitenciario, que responda exactamente á las disposiciones penales en vigor, á las exigencias de la justicia y á los adelantos de la época.

No es esto, sin embargo, completamente propio de la índole de este libro, puesto que es bastante limitada la intervencion actual de las autoridades judiciales en los establecimientos de expiacion y correccion, sometidos, por completo, á las administrativas, en cuanto con el régimen de los mismos tiene relacion; no quedando á cargo de aquellas más que el cuidado, respecto de la seguridad de los presos y la vigilancia oportuna, á fin de que no se les moleste más de lo que sea menester, atendiendo á sus quejas, si son justas y creen que deben remediarse.

Hé aquí precisamente una de las razones, que abonan en mucho las visitas de cárceles, en los términos que disponen los arts. 15, 16, 17 y 18 del Reglamento provisional de 26 de Setiembre de 1835, el cap. 11, título 1.° de las Ordenanzas de las Audiencias, y los arts. del 93 al 102 del Reglamento de Juzgados: visitas, que hemos oido censurar bastantes veces, sin átomo de razon seguramente, sin otro motivo que el de que cansan y molestan, pero cuyos buenos resultados hemos visto, en más de una ocasion, por nosotros mismos, que hemos asistido á muchas.

La ley orgánica del poder judicial, que en su tít. 8.° habla de la vigilancia, que deben ejercer los tribunales sobre la administracion de justicia, y establece las visitas de inspeccion, al tenor de lo dispuesto en su artículo 585, nada dijo de las de cárceles, que, no expresamente suprimidas, subsisten, por lo tanto, y se verifican en la forma antiguamente establecida; no habiéndose derogado tampoco y por lo mismo, en sus preceptos, la ley de 26 de Julio de 1849 sobre el régimen general de prisiones, cárceles y casas de correccion, en cuyo tít. 7.° se habla de las atribuciones de la autoridad judicial, respecto de las mismas.

Estos, ó cualesquiera otros, en igual concepto, son precisamente los reglamentos especiales, á que se refiere el art. 100 de el Código de 1870 y que ex-profeso, al tratar de este asunto, hemos querido recordar, para recordar con ellos las facultades y el derecho, que segun los arts. 30 y 31 de la expresada ley, tienen los tribunales y jueces, y no ménos el Ministerio fiscal, para visitar las cárceles, enterarse de que se cumplen con exactitud las providencias judiciales, y evitar que los presos, aunque lo sean gubernativamente, padezcan vejaciones y detenciones ilegales, así como tambien para inspeccionar si se sufren las condenas de arresto, al tenor de las sentencias dictadas, con cuanto más en los artículos subsiguientes pueden verse.

Y á esa clase de disposiciones especiales pertenecen, á su vez, la órden de 22 de Marzo de 1842, sobre seguridad de los presos por delitos graves; las de 29 de Setiembre, circulada en 7 de Octubre de 1846, 31 de Diciembre de 1847, 22 de Marzo de 1849, y otras varias, sobre la misma materia, que no hemos de copiar, y que sólo indicamos, como complemento, no del todo ocioso, al punto que tratamos.

Respondiendo tambien esa misma ley de 26 de Julio de 1849, que acabamos de citar, al art. 87 del Código de 1848, primero y nuevo ensayo entonces, en aquello de que los reglamentos dispondrian la separacion de sexos en establecimientos distintos, dispuso en su art. 11, título 3.°, que hubiese en las cárceles departamentos diferentes para hombres y mujeres, y además, que en el de cada sexo se tuviesen con separacion los varones menores de diez y ocho años y las hembras menores de quince, de los que hubiesen cumplido, respectivamente estas edades.

Tanto el Código de 1850 como el de 1870 han repetido, en igual forma, ese tercer párrafo del art. 87 de el de 1848, lo cual así nos pareció antes, como nos ha parecido despues, innecesario; toda vez que en tan íntima relacion estaba entonces, como está ahora, aquel principio con la ley, que vino en seguida á desarrollar el pensamiento, que lo desarrolló en efecto y que, como hemos indicado, no está derogada.

El art. 101 ha previsto la posibilidad del caso, en que un delincuente

caiga en imbecilidad ó locura, despues de pronunciada sentencia firme ó estando ya cumpliendo su condena, y ha ocurrido á él, en sus tres párrafos, variando en mucho las disposiciones análogas, que el Código de 1850—en el 88—establecia.

Hablaba éste del culpable, que incurriese en demencia despues de cometido el delito, no dictada tódavía sentencia, ó ya dictada, si hubiese sido condenado á pena aflictiva ó bien á otra menor.

Si lo primero, no se le debia hacer la notificacion, hasta que recobrase su juicio; si lo segundo, quedaria constituido en observacion dentro de la misma cárcel, trasladándole á un hospital y colocándole en solitaria habitacion, una vez declarado definitivamente loco; si lo tercero, se entregaria á su familia, bajo fianza de custodia ó seria igualmente recluido; determinando, por último, que en cualquier tiempo, si recobrase la razon, se ejecutase la sentencia.

El Código de 1870 ha venido á decir esto mismo, pero en otras condiciones y de otro modo diferente.

El delincuente puede caer en locura ó imbecilidad despues de pronunciada la sentencia ó hallándose extinguiendo su condena.

Su situacion legal, en uno y otro caso, es sin duda idéntica.

Este accidente fisiológico, que lo mismo ha podido ocurrir durante el tiempo del procedimiento, como indicaba el Código antiguo, suspende, con arreglo al nuevo, la ejecucion de la pena personal.

El culpable queda, no obstante, sometido á las prescripciones contenidas en los párrafos 2.° y 3.° del núm. 1.° del art. 8.°, que son precisamente esas mismas de su reclusion en un hospital, si el delito cometido hubiese sido grave, ó de la entrega á su familia, si hubiese sido ménos grave.

No hay, por tanto, en todo esto otra diferencia, sino la de que el Código de 1870, sin determinar expresamente la eventualidad de la demencia, durante el curso del proceso, accidente que puede resolverse por analogía, dentro del mismo primer párrafo de su art. 101, establece por referencia á su art. 8.°, lo que el de 1850 determinaba y especificaba en términos concretos.

De todos modos, la inteligencia de la ley, en sus dos distintas redacciones, no es dudosa.

Pero el Código de 1870, al disponer, como aquel otro, que en cualquier tiempo, en que el delincuente recobre su juicio, se cumpla la sentencia, tuvo muy en cuenta las disposiciones de su art. 132, sobre la extincion de la responsabilidad criminal y prescripcion de las penas; precepto de evidente necesidad y perfectamente lógico, que en el de 1850, dado su art. 126, debió tambien haberse consignado.

En cualquier tiempo—dice aquel—*en que el delincuente recobrase su juicio, cumplirá la sentencia,* Á NO SER QUE LA PENA HUBIESE PRESCRITO, CON ARREGLO Á LO QUE SE ESTABLECE EN ESTE CÓDIGO.

Y esto es obvio.

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben, segun su naturaleza y con arreglo al art. 134, á los veinte, quince y diez años, ó al año, si son leves.

Nada más natural, por consiguiente, que si el rematado, sentenciado, por ejemplo, á ocho años de presidio, incurre en demencia ó en imbecilidad á los dos años de hallarse extinguiendo su condena y no recobra su juicio hasta los trece, se tenga entonces la pena por prescrita.

Ocurre, sin embargo, que ni los Códigos de 1848 y 1850 ni el de 1870, dado el carácter de las disposiciones, que son su fundamento, han descendido á fijar la forma, en que tales declaraciones han de hacerse.

Refiriéronse los dos primeros al entonces futuro Código de procedimientos, sin que el hoy vigente haya dicho una palabra acerca de esto.

La ley de procedimiento criminal, que ha venido despues, tampoco se ha ocupado en la sustanciacion concreta de esta clase de incidentes.

¿Qué hacer, pues?

Para nosotros es indudable que no está derogada y que subsiste en vigor y es aplicable, en sus casos respectivos, la real órden de 13 de Enero de 1864, publicada en la *Gaceta* del 20, con la cual se llenó, en cierto modo, el vacío, que el Código antiguo implícitamente advertia y de que el moderno ha prescindido.

Cumple, pues, al pensamiento de este libro y al plan, que en él seguimos, y nos parece muy conveniente recordarla en este sitio; puesto que hasta hoy es la única disposicion legal, que marca y regula el procedimiento, que en la eventualidad de la locura posterior al delito, ha de seguirse.

Hé aquí el caso.

Consultado el Ministro de Gracia y Justicia por el de la Gobernacion, acerca de las formalidades, que deberian preceder á la declaracion de la demencia en los penados, para los efectos del art. 88 del Código, y en qué forma debian dictar los tribunales sentenciadores la confirmacion de la misma: atendiendo á que aquellas no podian ser otras que las que se requerian para absolver ó condenar á un procesado y á que del propio modo que se prueba la locura del que cometió un delito, para declararle exento de responsabilidad criminal, debia probarse y decidirse lo que le eximiese del cumplimiento de la condena impuesta, oido el Tribunal Supremo, se dictaron las cuatro disposiciones, que contiene la real órden.

Por la primera se resolvió que el confinado, á quien se supusiese en estado de demencia, fuera constituido en observacion, instruyéndose al efecto por la comandancia de presidio, en que se hallase, un expediente informativo de los hechos, que hubiesen dado lugar á la sospecha y en el cual se consignase el primer juicio ó la certificacion de los facultativos, que lo hubieran observado.

Por la segunda se dispuso que, consignada la gravedad de la sospecha, el comandante del presidio diese cuenta, sin pérdida de tiempo, con copia literal del expediente, al regente de la audiencia, de donde procediese el confinado, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento del director de establecimientos penales.

Por la tercera se dijo que el regente pasase dicha copia á la Sala de justicia sentenciadora, la cual, con preferencia, oyendo al fiscal y al acusador privado, si lo hubiere, y con intervencion y audiencia del defensor del penado, ó nombrándoselo de oficio para este caso, acordase la instruccion más ámplia y formal de los hechos y del estado físico y moral del paciente, por los mismos medios de prueba, que se hubieran de haber empleado, si el incidente hubiera ocurrido durante el seguimiento de la causa; comisionando al efecto al juez de primera instancia del partido, en que se encontrase el confinado, por conducto del regente de la audiencia respectiva.

Y por la cuarta se añadió que, sustanciado el incidente en juicio contradictorio, si hubiese oposicion, y en la forma ordinaria, si no la hubiere, despues de oir las declaraciones juradas de los peritos en el arte de curar, y en su caso, de la Academia de Medicina y Cirujía, se dictase el fallo que procediera, de si habia lugar ó no á la declaracion de demencia, con cuantos otros requisitos en dicha real órden pueden verse.

Hemos consignado nuestra opinion de que, no habiendo otra disposicion legal, que determine el procedimiento, en las ocasiones á que la misma se refiere, á ella deben los tribunales atenerse.

Y esto es tanto más claro cuanto que dictada, prévio informe del Supremo, no significa otra cosa que la reproduccion sustancial, como en la misma se indica, de la tramitacion ordinaria, establecida, segun las leyes comunes, para todos los incidentes que, con intencion ó sin ella, pueden ocurrir en un proceso.

Esto, no obstante, como su observancia pudiera dar motivo ú ocasion á discusiones y polémicas, que toda ley debe evitar en lo posible, bien seria que, venida la nueva reforma, se tuviera en cuenta y se ampliase el último párrafo del art. 101, en esta ú otra forma equivalente:

Se observarán tambien las disposiciones respectivas de esta sec-

cion, cuando la locura ó imbecilidad sobreviniere hallándose el rematado cumpliendo la sentencia; debiendo tramitarse estos incidentes con sujecion á las ya establecidas para ellos.

La pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado.

Este, que es el precepto contenido en el párrafo primero del artículo 102 del Código de 1870, como lo era, de igual modo, en el 89 de los de 1848 y 1850, supone y significa el triste adelanto de los tiempos modernos, respecto de la forma y manera de hacer ménos sangriento el sacrificio, dada la necesidad legítima de la pena capital.

No hemos de repetir cuanto acerca de ella hemos tan ámpliamente dejado escrito y consignado, cuando del art. 26 hemos tratado.

Dura lex, sed lex.

Considerada la pena de muerte como un medio indispensable, en ocasiones determinadas, para salvar el órden social, y establecida en la ley, como castigo ejemplar de ciertos crímenes, no hay sino proceder á su aplicacion, en la forma y cuando esa misma ley ordena.

Aparte las antiguas costumbres griegas y romanas, puntos de historia que, como dice uno de nuestros comentadores, la historia puede referir, y viniendo á estos nuestros tiempos, desde luego vemos y observamos que, aceptado el último suplicio en todas las legislaciones extranjeras, como de todo punto ineludible; desechadas en todas ellas las tremendas ejecuciones, que á la pérdida de la existencia añadian los más crueles sufrimientos, en la agonía del delincuente, con instintiva y natural repugnancia de cuantos acudian á presenciar el sangriento y lúgubre espectáculo, la pena de muerte, como en Austria y el Brasil, segun sus artículos 10 y 38, se lleva á efecto en horca, ó bien por decapitacion ó fusilamiento, como en Francia —Código francés art. 12, y de Napoleon, artículo 4— ó por medio del garrote, como se verifica entre nosotros.

La horca es siempre expuesta é insegura.

Se han repetido con frecuencia horrendas ocasiones, en las que, aparte la prolongacion terrible del suplicio, á los esfuerzos del verdugo y de su víctima se ha roto la cuerda, y en este caso, y todavía despues de descolgado el reo, algunas horas despues de la ejecucion, se le ha hallado con vida.

La decapitacion y el fusilamiento llevan consigo el derramamiento de sangre, de suyo aterrador y repugnante.

El garrote, por el contrario, es limpio, breve y eficaz.

En rarísima ocasion, como aconteció en la ciudad de Reus, no hace mucho tiempo, por haberse roto ó descompuesto el torniquete, la ejecucion se dificulta.

Verdad es que allí, agarrotado ya uno de los dos reos, que habian sido sentenciados, tuvo lugar la espantosa escena de haber estado forzejéando el ejecutor más de treinta minutos, para dar muerte al segundo, habiendo tenido al fin que desistir, con que se produjo en el ánimo de la muchedumbre, en derredor del patíbulo apiñada, una emocion de horror inexplicable; pero acaso no registra la historia de las ejecuciones en garrote otro lance igual.

El garrote es un instrumento de hierro, en forma de aro ó collar, sujeto á un palo ó pié derecho, sobre un tablado, con un banquillo al pié, donde se sienta, atadas las manos, el que ha de ser ejecutado.

Ajustado el aro ó collar de hierro á su garganta, el verdugo dá una ligera vuelta al tornillo, que sirve para estrechar brevemente su diámetro, produciéndose la asfixia, casi instantánea, del culpable.

Esta es, desde 28 de Abril de 1832, la única pena de muerte, que la justicia civil ordinaria impone en España, y la últimamente consignada en nuestros Códigos.

«Deseando conciliar el último é inevitable rigor con la justicia —decia Fernando VII, en su real cédula de aquella fecha—y la decencia en la pena capital, y que el suplicio, en que los reos expíen sus delitos, no les irroguen infamía, cuando por ellos no la merecieran..... vengo en abolir para siempre, en todos mis dominios, la pena de muerte en horca; mandando que en adelante se ejecute en garrote ordinario la que se imponga á personas del estado llano; en garrote vil la que castigue los delitos infamantes, sin distincion de clase, y que subsista, segun las leyes vigentes, el garrote noble para las que correspondan á la de hijosdalgo.»

Estas distinciones han desaparecido tambien últimamente, como han desaparecido algunas otras, que llevaban la tendencia de agravar el suplicio, atendida la mayor deformidad del crímen cometido.

El Código de 1870 ha suprimido la disposicion contenida en el artículo 91 de los de 1848 y 1850, en aquello de que el regicida y el parricida fueran conducidos al patíbulo con hopa y birrete amarillos, salpicados de manchas encarnadas.

Nada tenemos que decir en contra de ello.

Ya que es necesaria la muerte, baste por sí sola, sin que haya en estas

lúgubres escenas tales distinciones de cadalsos enlutados y sin enlutar, birretes y hopas diferentes.

Negra la visten hoy, segun el art. 103 del Código vigente, los que han de ser agarrotados, cuya ejecucion, mientras no haya en las cárceles un lugar destinado al efecto, se verificará en los sitios de costumbre en cada localidad, ó donde el tribunal, en los casos especiales, determine, no siendo dia festivo, y siempre á las veinticuatro horas de notificada la sentencia.

Todo esto nos parece bien, menos el pensamiento, como ya hemos indicado, de que la pena capital se lleve á efecto dentro de las cárceles respectivas, luego que se disponga en ellas un lugar destinado á dicho acto.

Hé aquí un precepto en futuro, que en nuestra opinion, si el último suplicio ha de responder á su verdadero objeto, jamás podrá cumplirse: hé aquí un aplazamiento indefinido, que, por de todo punto ineficaz é inútil, borraríamos nosotros de la ley.

Podrá haber una cárcel en España, ó dos cárceles ó tres, susceptibles de un lugar destinado á las ejecuciones capitales, y sin embargo, por buenas que sean sus condiciones, ni la publicidad será esa que busca y quiere la ley misma, tratándose de un lugar cerrado, ni más se daria de esta manera que motivo y ocasion á tumultos y atropellos.

Porque no se nos antoja que la entrada pública hubiera de conseguirse por medio de esquelas, billetes ó tarjetas, que esto, sobre altamente inmoral y repugnante, en su comparacion con una corrida de toros, por ejemplo, seria horrible y desgarrador; mientras que, por otra parte, la fuerza pública, dentro de un recinto de suyo limitado, estorvando ó impidiendo el paso á los que no cupiesen ya, contrariaria evidentemente la publicidad del acto, segun en la ley se determina.

Hace pocos meses, á fines de Mayo ó principios de Junio de 1875 —no sabemos fijamente el dia—tuvo lugar en Barcelona la ejecucion de Victoriano Ubierna y Gregoria Foix, autores del espantoso asesinato cometido en la persona de Pedro Batllori, cuyos pormenores habian excitado de una manera singular la atencion pública.

Pedro Batllori, de oficio espartero, con tienda en la calle del Conde del Asalto, casado, pero separado de su mujer, tenia de criada á Gregoria Foix, á la cual, segun su testamento, que otorgó en Setiembre de 1872, agradecido á sus buenos servicios, habia instituido por su heredera universal.

Un mes despues, en la mañana del 14 de Octubre del mismo año, se encontró en el sitio llamado Riera de Marsal el cadáver de un hombre

sin cabeza y con las piernas y los brazos cortados, contenido todo en dos capazos y dentro de un seron.

En la tarde de aquel mismo dia se encontró en las huertas de San Beltrán, á la salida de la calle del Conde del Asalto, una cabeza humana, liada ó envuelta en un paño de cocina.

Esta cabeza correspondia exactamente al tronco hallado antes, y todos aquellos restos constituian el cadáver del infeliz Pedro Batllori, revelándose desde luego en él un horrible asesinato.

Así era la verdad.

Gregoria Foix, su criada, recientemente instituida por heredera de todos sus bienes, de acuerdo y en union de su querido Victoriano Ubierna, ingeniero desertor, acecharon una ocasion propicia, y á las doce de la noche del dia 12 de Octubre, despues de haber estado esperando á que su víctima se acostara y se durmiera, ya dormida, se arrojaron sobre ella y la extrangularon, dejándola en tal estado por entonces, y subiéndose ambos á la habitacion de ella, donde se acostaron juntos.

El dia siguiente, domingo, permanecieron ambos en la casa; por la noche descuartizaron el cadáver, y envuelta la cabeza en el paño de cocina y los demás restos en los dos capazos y dentro de un seron, segun se ha dicho antes, el Gregorio Ubierna los condujo en un carreton á los dos distintos sitios, donde á la mañana siguiente fueron encontrados.

Sentenciados á muerte y puestos en capilla, tuvo lugar la ejecucion en las afueras de la puerta de San Antonio, donde el doble garrote habia sido al efecto levantado.

Hé aquí, segun un periódico de aquella ciudad, algunos detalles, con referencia al punto de la publicidad, que es indudablemente la que más contribuye á la ejemplaridad y al escarmiento.

«A las ocho en punto, el señor juez de la causa, que se hallaba en la cárcel, ha dado órden de que los dos reos fueran sacados de la capilla. Ubierna ha salido andando por su propio pié, pero la Foix ha necesitado el apoyo de dos personas; los sufrimientos morales de las últimas 24 horas habian agotado casi todas sus fuerzas.

»Como la ejecucion debia verificarse en las inmediaciones de la puerta de San Antonio, se ha hecho salir á los reos y á la comitiva, que se habia reunido en la cárcel, por la puerta que dá al foso, y antes de emprender la marcha, así Ubierna como la Foix se han hincado de rodillas ante un crucifijo, orando breves momentos. Han sido colocados ambos, vistiendo hopa y birrete negro, en una silla cada uno, en dos carros, y acompañados de sacerdotes, que los iban contínuamente exhortando.

»A la salida de la cárcel, y teniendo en cuenta que la vista del pueblo causa, por regla general, á los infelices que van á ser ajusticiados,

una de las más desgarradoras impresiones, han debido los dos reos sufrir horriblemente. Todas las afueras de San Antonio se hallaban ocupadas por un inmenso gentío, que desde las primeras horas de la mañana ha acudido, para escoger los puestos, desde donde se viera mejor la ejecucion.

»Los terrados de todas las casas vecinas se veian coronados de inmensas murallas de espectadores. En los balcones y ventanas se hallaban los curiosos, materialmente unos encima de los otros, y donde quiera habia un pedazo de terreno, desde donde se divisara el cadalso, siquiera fuese á larga distancia, allí alcanzaban los millares de personas, que han acudido de esta ciudad y poblaciones vecinas, y sin embargo, han sido muchísimos los que no han podido lograr su propósito.

»Por entre aquel mar de cabezas humanas y el cordon de fuerzas de todas armas, que se habia formado, se ha dirigido la fúnebre comitiva al cadalso, y hemos de consignarlo; para la Foix no tenia apenas el público una palabra, que demostrara nada en su favor; en cambio, eran muchos los que lamentaban la suerte de Ubierna. Este iba con alguna entereza, pero sin descaro; y más de una vez, durante el tránsito, han derramado lágrimas sus ojos, particularmente al pasar cerca de una compañía de ingenieros, á cuyo cuerpo habia pertenecido. Ella estaba más abatida y tenia la cabeza completamente caida.

»Cerca del patíbulo les ha sido leida nuevamente la sentencia; luego la Foix, sin dirigirse al público, ha sido sentada en el banquillo fatal. Ubierna ha pedido perdon y ha sido colocado tambien en el sitio que le estaba destinado; el ejecutor de la justicia ha ejercido su oficio y ambos reos han dejado de existir.»

¿Qué habria sucedido si la ejecucion hubiera tenido lugar dentro de la cárcel? ¡Cuánto tumulto por entrar, cuánta gritería, cuánto escándalo!

Y las puertas habrian tenido al cabo que cerrarse, y entonces la publicidad habria dejado de ser lo que la ley quiere que sea: la publicidad absoluta; la publicidad para los incrédulos, la publicidad para los malvados, que pueden de este modo comprender su porvenir en el cadalso y enmendarse; la publicidad para el padre, que puede amedrentar á su hijo díscolo ó vicioso, haciéndole conocer á dónde conducen los delitos; la publicidad, en fin, que es la base esencial del escarmiento.

Dicho esto, y volviendo al precepto, que nos ha traido á la memoria aquel recuerdo, nada más fácil ciertamente que refundir en uno solo los artículos 102 y 103 del Código de 1870, de este modo:

La pena de muerte se ejecutará en garrote, sobre un tablado, á las veinte y cuatro horas de notificada la sentencia, de dia, no siéndolo

de fiesta religiosa ó nacional, con publicidad y en el lugar de costumbre ó en el que el tribunal, por causas especiales, determine.

El reo será conducido al patíbulo con hopa negra, en el carruaje destinado al efecto, ó en carro, donde no lo hubiere.

Comprendidas así todas las supresiones, que hizo el Código de 1870, respecto de los arts. 89, 90 y 91 de el de 1850; eliminado tambien eso del lugar futuro, dentro de la cárcel y excusando repeticiones, que no son necesarias á su inteligencia y recta interpretacion, el texto de la ley quedaria más concreto y no por eso ménos claro.

En cuanto al art. 104, igual en su pensamiento y redaccion al 92 de los de 1848 y 1850, nada tenemos que observar.

Et desque la justicia fuese complida en ellos—dice la ley 11, título 31 de la Partida 7.ª—*et la hovieren visto los homes et fueren muertos los justiciados, si los pidieren sus parientes ú homes religiosos, debenselos entregar porque los sotierren.*

Esto mismo se dispone en la mayor parte de las legislaciones extranjeras, prohibiendo en ellas—con mayor rigor en alguna que en la nuestra—que el entierro del ejecutado sea con pompa; hasta el punto de que en el Código del Brasil, segun su art. 42, la infraccion de este precepto se castiga con la pena de prision de un mes á un año.

El Código español vigente tampoco quiere pompa en el entierro del que ha sido ejecutado, pero no se opone á que á expensas de sus parientes, si estos reclaman el cadáver, ó por los hermanos de la Caridad, antigua institucion religiosa, que con este piadoso fin existe en casi todos nuestros pueblos, se cumplan para con él, siquiera sea modestamente, las prácticas religiosas, que tienen lugar con los demás fieles, que mueren dentro del gremio de la iglesia.

Bien pudo un reo, muerto en el cadalso, haber sido en la tierra, durante su vida, un gran malvado y, sin embargo, verdadera, íntima y profundamente arrepentido en el trance horrible de su ejecucion, y absuelto por el confesor y perdonado por Dios, obtener la misma gracia, que aquel famoso salteador, que iluminado en sus últimos momentos por los rayos de la fé, murió contrito y reconociendo sus errores, al lado de la cruz del Salvador.

Sigamos adelante.

La justicia del art. 105 del Código de 1870—igual al 93 de los de 1848 y 1850—la filosofía que su pensamiento encierra y la alta moralidad, que envuelve, están tan á la vista, que desde luego parece innecesario escribir acerca de él muchos renglones.

Tan grave é importante nos parece toda cuestion penal, cuando afec-

ta, en cualquier concepto, á una mujer embarazada, que así como, al tratar del art. 90, hemos sostenido la existencia de dos delitos, producto de un solo hecho, en el caso del homicidio de aquella, que se halle en tal estado y la interpretacion de que debe imponerse al culpable, en su grado máximo, la pena del mayor; ahora no podemos ménos de reconocer toda esa justicia, toda esa moralidad, toda esa filosofía del precepto, que prohibe la ejecucion de la pena de muerte, en la mujer que se halle en cinta; determinando además que no se le notifique la sentencia hasta cuarenta dias despues de haber parido.

Las antiguas leyes romanas, nuestras leyes de Partida, las legislaciones extranjeras todas, consagran, con más ó ménos amplitud, á este mismo principio sus preceptos; que fuera ciertamente cosa inícua y de toda justicia desnuda y altamente inmoral y sobradamente impía, que muriese con la madre, por el yerro que ésta hubiese cometido, el hijo que, al morir, tuviese en sus entrañas.

En unos anales judiciales hemos leido, hace ya algun tiempo, un caso singular, que bien merece, á este propósito, traerlo á la memoria y consignarlo.

Una cuadrilla de malhechores, entre los cuales figuraba una mujer vestida de hombre y no la ménos feroz y sanguinaria, asaltaron en un camino público un coche diligencia, robaron á los viajeros y dieron además muerte á dos de ellos.

Aprehendidos poco despues por la guardia civil y seguido el proceso sumariamente, con arreglo á la ley de 17 de Abril de 1821, hubo de suceder que, á los cuatro meses de cometido el crímen, se habia fallado aquel ejecutoriamente.

La sentencia de segunda instancia confirmó de toda conformidad, con la antigua fórmula de *ejecútese*, la pena de muerte, dictada en la primera.

Cármen Sobremonte, que así se llamaba la culpable, debia ser la primera.

La muchedumbre, como siempre acontece en tales casos, era inmensa.

Ya sobre el tablado, pidió reconciliarse con su confesor y se arrodilló delante de él.

Aquella escena parecia prolongarse demasiado: el sacerdote le hacia varias preguntas, que ella contestaba al parecer bañada en llanto.

La ansiedad pública era grande.

Algunos minutos despues, alzando el ministro del Señor sus ojos hácia el cielo, colocando ambas manos sobre la cabeza de su víctima y dirigiéndose á la autoridad judicial, que presidia el acto:

—Señor—exclamó con voz firme y segura—la ley la ampara, es imposible que hoy muera esta mujer, que se halla en cinta.

Un rumor general, sordo, indefinible, se esparció por todas partes: un silencio sepulcral reinó despues.

El juez habia mandado suspender la ejecucion respecto de ella, en tanto recibia instrucciones de la Sala de justicia, que habia dictado la sentencia ejecutoria, y ordenó la de sus consortes, que se llevó enseguida á efecto.

A la profunda y tristísima impresion producida por el lúgubre espectáculo, y por la aterradora presencia de aquellos enlutados cadáveres, cuyos largos cabellos negros casi cubrian sus amoratadas frentes, caidas hácia el pecho, siguió una escena de singularísimo contraste, que no es fácil describrir.

La animadversion, para con la mujer criminal, se habia ido cambiando gradualmente en sentimiento de commiseracion y de piedad para la madre.

Un estrepitoso aplauso resonó súbitamente en toda la extension de aquel inmenso campo, sembrado de séres humanos, en cuya actitud, en cuyas miradas, en cuyos movimientos se revelaba, momentos ántes, la más profunda incertidumbre.

Por auto de la Sala, á la que dió el juez cuenta del suceso, Cármen Sobremonte fué conducida á la cárcel nuevamente.

Reconocida despues por los facultativos, y habiendo resultado cierto el embarazo, se aplazó primero la ejecucion del fallo, y ántes de que el parto se verificase fué indultada, conmutándosele en la de reclusion perpétua la pena capital.

No nos parece, en efecto, dado lo extraño y singular del caso, que cabia, ni puede caber, en otro igual, otra resolucion que la adoptada por la audiencia.

La pena de cadena perpétua—dice el art. 106—*se cumplirá en cualquiera de los puntos destinados á este objeto en Africa, Canarias ó Ultramar*.

Ni la forma ni el lugar, en que tanto la de cadena como las demás penas perpétuas ó temporales deberán cumplirse, al tenor de lo dispuesto en los demás artículos, que desde el 107 al 119 se hallan comprendidos en la seccion segunda del capítulo 5.°, merecen un análisis ámplio, minucioso y detenido: puesto que su inteligencia é interpretacion son puramente literales.

Y aunque son varias las diferencias, que se observan en los del Có-

digo de 1870, con relacion á los de 1848 y 1850, no afectan, sin embargo, á su tendencia sustancial y verdadera; toda vez que en realidad lo mismo dá la fórmula *de que la reclusion se cumpla en establecimientos situados dentro ó fuera de la Península*, como aisladamente dice el 110 de el hoy vigente, que el que se agregue á ella eso otro, que expresa el art. 101 de el de 1850, de que haya de entenderse *dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias.*

Tambien añade el primero--y no decia el segundo—que los condenados á dicha pena estarán sujetos á trabajos forzosos, en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento.

De cualquier modo, por más severos que parezcan los castigos, que á los delincuentes imponen nuestras leyes; por más que los sentenciados á cadena se empleen en los trabajos más penosos y más duros, llevando siempre el grillete al pié, pendiente de la cintura ó sujeto, por medio de eslabones, al pié de otro penado; por muchas que sean las privaciones y sufrimientos, á que vivan sujetos, nunca llega el rigor de la penalidad ni se acerca, en mucho, al que en algunos Códigos extranjeros se observa, y en otros países se practica.

En Austria, por ejemplo, existe la llamada prision de tercer grado, que significa el encierro del penado en un calabozo, con incomunicacion absoluta, sin más espacio ni más cantidad de aire, que los necesarios para que no se produzca en él la asfixia; en cuya situacion, atado siempre por medio de una cadena á un aro de hierro, que le rodea el cuerpo, con grillos en los piés y esposas en las manos, pasa las horas de su vida, á excepcion de aquellas, en que se le obliga á trabajar, sin más alimento que pan, agua y legumbres, de que se le provee cada dos dias, y sin más cama que una tabla.

Aprobamos desde luego que nuestra moderna legislacion, en medio de la severidad y rigor de aquellas de sus penas, que en las escalas graduales van tras la de muerte, se haya mostrado con el delincuente—hombre al fin—más humana y más piadosa.

Esto aparte, algo echamos de ménos en los arts. 113 y 115 del Código de 1870, como consecuencia de nuestras indicaciones anteriores, á saber: en el primero de ámbos lo que despues del presidio mayor decia para el menor el 104 de el de 1850, que *se cumpliria dentro del territorio de la audiencia que lo hubiere impuesto:* en el segundo, esta misma frase, con referencia á la prision menor, segun y como el 106 del antiguo disponia.

En idéntico concepto, una vez aceptada en nueva reforma la rehabilitacion de estas penas menores, entendemos además que el art. 116 deberia decir de esta manera:

Los sentenciados á confinamiento mayor serán conducidos á un pueblo ó distrito situado en las islas Baleares ó Canarias, en el cual permanecerán bajo la vigilancia de la autoridad.

Y entendemos tambien que, despues de éste, se podrian añadir estos dos párrafos:

El sentenciado á confinamiento menor, residirá precisamente en el punto, que se señale en la condena, distante, al ménos, diez leguas de aquel, en que se cometió el delito y de el de su anterior residencia, sin que pueda salir de él, á no ser por justa causa y con permiso del gobierno.

En su señalamiento tendrán en cuenta los tribunales las mismas consideraciones que para el de confinamiento mayor.

Al tratar de esta materia, no hemos creido necesario entrar tambien en el exámen comparativo de las disposiciones contenidas en la ley de 18 de Julio de 1866, que modificó en algun tanto las relativas del Código de 1850, puesto que no siendo sustancial la diferencia, y habiéndose reformado unas y otras por el Código vigente, basta á nuestro propósito con lo que ya dejamos apuntado.

No se olvide, sin embargo, llegado el caso de una nueva reforma y aceptada en ella la pena de sujecion á la vigilancia de la autoridad, cuanto en sus arts. 8.° y 9.° se dispone.

Por lo que hace á las penas accesorias, de que trata la seccion tercera del citado capítulo 5.°, poco hay igualmente que decir.

Limitadas en el Código de 1850—arts. 113 y 114—á las de argolla y degradacion y suprimida aquella por la ley de 18 de Junio de 1870, sólo se habla en el hoy vigente de esta última.

Tanto la forma de su ejecucion, como la fórmula que debe pronunciar el presidente del tribunal, ántes y ahora iguales, son bien claras, y no ofrecen, por consiguiente, duda alguna.

RESTITUCION, REPARACION, INDEMNIZACION.

Hemos hablado ya muy ámpliamente de esta importantísima materia.

Al exponer nuestra opinion, respecto de la responsabilidad civil, segun la interpretacion del art. 18 del Código de 1870—15 de los de 1848 y 1850—buscando el preciso y natural enlace con disposiciones posteriores vigentes, cuales son las contenidas, á este mismo propósito, en los artículos 9, 10 y 11 de la ley de Enjuiciamiento criminal, indicamos las dudas, que acerca de la aplicacion combinada de éstos y de aquel, habian surgido en algunos tribunales, y fundados en la práctica antigua y en la interpretacion misma de la ley moderna, procuramos explicar, con toda la claridad, que nos fué posible, su comun inteligencia.

No hemos, pues, de repetir lo entonces y con tal motivo escríto.

Recuérdese cuanto hemos expuesto y consignado sobre si las partes ofendidas deben ó no deben pedir directamente y por separado de la accion criminal la indemnizacion civil; sobre la intervencion que todo perjudicado por un delito tiene en el proceso, á que éste dé lugar; sobre el modo, forma y ocasion, en que el Ministerio fiscal puede gestionar, ya en pró de los particulares, ya por los daños causados al Estado, y sobre todo lo demás, en fin, relativo á esta importante doctrina, y á eso mismo, en toda su extension y con toda su amplitud, nos referimos.

La responsabilidad civil, á que el expresado artículo se refiere, segun el 121 del Código vigente—115 de los de 1848 y 1850—comprende:

1.° La restitucion.
2.° La reparacion del daño causado.
3.° La indemnizacion de perjuicios.

No podemos decir con plena conviccion, aun cuando mucho nos inclina á ello la ilacion natural de la materia, si esta definicion y esta explicacion, que de la responsabilidad civil nos ofrece el art. 121, con relacion al 18, y las reglas que á continuacion nos dá, para su mejor inteligencia,

debieron ó pudieron ir, y habria sido más conveniente que hubiesen ido, juntas y en el mismo cap. 2.° del tít. 2.°, en que de aquella se ha tratado antes.

Prescindamos, por lo tanto, de esto y hablemos de la restitucion, de la reparacion y de la indemnizacion, aquí, donde en el Código vigente las hallamos.

No todos los delitos suponen la necesidad de la restitucion, porque muchos hay, como el homicidio, por ejemplo, ó el incendio, en los que no existe objeto, que pueda y deba restituirse; mientras que en otros la reparacion del daño causado no siempre es necesaria, como en el robo ó en el hurto, donde, por lo comun, con la restitucion de la cosa hurtada ó robada, la responsabilidad civil queda cubierta.

La indemnizacion de perjuicios es más lata.

No solamente comprende los que al agraviado se infieren, sino tambien aquellos otros, que por razon del delito han recaido sobre su familia ó un tercero.

Hay muchos casos, en que los perjuicios figuran por sí solos, dentro de un proceso criminal, si bien no son en menor número aquellos otros, en que á la restitucion ó á la reparacion, ó á estas dos responsabilidades, van unidos.

Estos tres principios de la restitucion, reparacion é indemnizacion, son los mismos que se hallan consignados en la ley 20, tít. 14 de la Partida 7.ª; en los arts. 23, 24 y 25 del Código del Brasil; en el 51 del francés y en casi todas las demás legislaciones extranjeras; como que suponen un punto universal de justicia, que no es posible desconocer y sin los cuales la ley penal seria imperfecta.

Comparadas las disposiciones del Código de 1870, relativas á esta materia, segun sus artículos—del 122 al 128—con los análogos de el de 1850, encontramos algunas modificaciones de verdadera importancia, que es preciso señalar.

Analicemos.

Debe hacerse la restitucion de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros y menoscabos, y procede, aunque aquella se halle en poder de un tercer poseedor de buena fé y que la haya adquirido legalmente, salva su repeticion contra quien corresponda.

Nada tenemos en esto que reparar ni que exponer.

Esta disposicion—decia el Código de 1850 en el párrafo 3.° de su artículo 116—*no es aplicable al caso, en que el tercero haya prescrito la cosa con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.*

Esta disposicion—dice el de 1870, en el párrafo tambien 3.° de su

art. 122—*no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.*

Aquí la irreivindicacion: allí la prescripcion.

¿Pero puede acaso prescribir la cosa hurtada? ¿Cuándo y cómo?

Objeto de hurto ó robo y sujetas á la posesion continuada por un tercero de buena fé y con justo título, solo pueden ser los bienes muebles, cuya prescripcion se obtiene á los tres años.

Siendo, no obstante, indispensable para ello que el orígen del objeto que haya de prescribir no sea vicioso, y diciéndose en la ley 2.ª, tít. 8.°, libro 11 de la Novísima Recopilacion *que el tenedor de la cosa hurtada no puede prescribirla por tiempo*, no es posible armonizar esta disposicion con el párrafo 3.° del art. 116 del Código de 1850, á no ser que hubiera de pensarse—y nosotros no lo pensamos—que se quiso derogar con él la ley de la Novísima.

En nuestro concepto no hay prescripcion posible, con relacion á las cosas provenientes de un delito.

Res ubicumque sit pro domino suo clamat.

La verdedera doctrina, basada en los buenos principios del derecho comun, está en el párrafo 2.° del citado artículo, es decir, en aquello de que tendrá lugar la restitucion de la cosa misma, aunque se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal, salva su repeticion contra quien le corresponda.

El Código de 1870, en el tercer párrafo de su art. 122, ha prescindido, como ya hemos visto, de la prescripcion, y se ha limitado á decir que *la restitucion de la misma cosa no tendrá lugar cuando el tercer poseedor la haya adquirido en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.*

Distingamos.

Hay mucha distancia, mucha diferencia, al parecer, en la manera de establecer el precepto y, sin embargo, con una sola excepcion, que el Código no dice y que debia decir más claramente, la imposibilidad en absoluto de la irreivindicacion viene á ser la misma.

Ello es que, segun la ley 10, tít. 14 de la Partida 3.ª, la reivindicacion de una cosa mueble exige título especial legítimo, como fundamento del derecho, en que haya de apoyarse... *á no ser que el tenedor la hubiese ganado por fuerza, ó por robo, ó por engaño, porque entonces estaria obligado á responder de ella;* lo cual no puede menos de entenderse de igual modo, respecto de toda otra tercera persona que, siquiera de buena fé, hubiera ganado su tenencia.

¿Pero es, por ventura, que el legislador de 1870, al exceptuar de la restitucion forzosa el objeto, que se hace irreivindicable, ha querido referirse á los *efectos públicos*, contratados en Bolsa, con todas las formalidades establecidas en la ley de 8 de Febrero de 1854 y Reglamento para su ejecucion, á que se refieren la de 30 de Marzo de 1861, reiterada y ampliada por la de 29 de Agosto de 1873, publicada en la *Gaceta* de 1.° de Setiembre?

Así debemos presumirlo, porque, aparte estos casos especiales, en los que los valores públicos negociados en Bolsa, por medio de agente y con todos los demás requisitos, por más que provengan de hurto, se hacen irreivindicables; en todos los demás, la irreivindicacion, dado el delito, como orígen de la tenencia ó adquisicion, la consideramos de todo punto improcedente.

No están sujetos á reivindicacion—dice la de 30 de Marzo, en su art. 1.°—*los efectos al portador, expedidos por el Estado ó por las Corporaciones administrativas, ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que hayan sido negociados en Bolsa con las formalidades legales.*

Únicamente se exceptúa el caso de mala fé, probada en el comprador, quedando por lo demás á salvo las demás acciones civiles y criminales, que procedan contra la persona ó personas responsables de los actos, por los cuales haya sido el propietario desposeido de los expresados efectos ó valores.

Y son tambien irreivindicables, segun el art. 3.° de la misma ley, los billetes de Banco, á no ser que se pruebe y justifique la mala fé del poseedor.

En 29 de Agosto de 1873, las Córtes Constituyentes, como hemos indicado antes, reformaron el 1.° de los expresados artículos, redactándolo en esta otra forma, que siendo la misma en sí, resulta algo más ámplia:

No estarán sujetos á reivindicacion los efectos al portador expedidos por el Estado, por las Corporaciones administrativas ó por las Compañías autorizadas para ello, siempre que con las formalidades legales hayan sido negociados en Bolsa, donde la hubiere, y donde no, interviniendo en la operacion un notario público ó un corredor de cambios.

Si, pues, este que dejamos apuntado fué el pensamiento del legisla-

dor de 1870, acaso habria podido explicarse más clara, concreta y sencillamente de este modo:

Esta disposicion no es aplicable á los efectos públicos ó al portador, contratados y adquiridos con arreglo á la ley.

La reparacion del daño causado, que debe hacerse por valoracion del tribunal, atendido el precio de la cosa—*el precio natural,* decia el Código de 1850—y el de afeccion del agraviado, y la indemnizacion de perjuicios, que comprende no solamente los inferidos á éste, sino á su familia ó á un tercero, cuya regulacion compete de igual modo á los tribunales de justicia, no significan en los arts. 123, 124 y 125 del Código de 1870, ni van más allá de las disposiciones comunes de la ley civil; trasmitiéndose á los herederos del ofendido los derechos, que al mismo hubieran podido asistir contra su ofensor, así como á los herederos de éste la obligacion de restituir la cosa, reparar el daño ó indemnizar los perjuicios, tomando siempre por base ó punto de partida la sentencia firme, que haya recaido.

Pero al conferir la ley á los tribunales la facultad de la regulacion ó valoracion de la cosa, que ha de restituirse, ó el daño, que ha de repararse, no es, como observa muy atinadamente uno de nuestros comentaristas, que ellos por sí y á su antojo graduen y fijen el valor ó la estimacion, que debe servir de norma al desagravio; sino que para esto habrán de valerse de peritos, segun los casos respectivos, única forma posible de acierto, apreciada despues, por las reglas de la prudencia, en el juicio.

En cuanto á la inteligencia de los arts. 126 y 127, basada de igual modo en los principios generales del derecho comun, poco hay que decir.

Acertándose muchos homes en furtar una cosa—decia la ley 20, título 14 de la Partida 7.ª—*cada uno de ellos es tenudo de la pechar á su dueño.*

Este mismo ha sido el pensamiento, más ó ménos ámpliamente consignado, en el art. 55 del Código francés; en el 51 de el de Napoleon; en el 92 y 93 del español de 1822; en el 120 y 121 de los de 1848 y 1850 y en el 126 y 127 de el de 1870, que acabamos de citar.

Nada más justo ciertamente.

Pero es necesario que no confundamos la responsabilidad civil directa, exigible proporcionalmente, en sus casos respectivos, con la responsabilidad subsidiaria, á que los autores, cómplices y encubridores de todo delito quedan virtualmente obligados.

Observaremos, sin embargo, que siendo el art. 127 una especie de excepcion del precepto genérico, contenido en el 126, algo está de más ó huelga en ambos.

Son responsables civilmente de un delito ó falta en primer término los autores.

Si estos, siendo cinco, por ejemplo, todos ellos han tenido participacion igual, lo procedente parece, y es y debe ser, que aquella les obligue y alcance por quintas partes, cualquiera que en su realizacion sea luego el resultado.

Podrá el señalamiento de la cuota respectiva hacerse más necesario, cuando los responsables civilmente sean autores, cómplices y encubridores; puesto que la de estos últimos habrá de ser siempre relativamente menor que la de los segundos y la de los segundos menor, á su vez, que la que á los primeros corresponda.

Condensemos, pues, en uno solo el texto de los arts. 126 y 127, y veamos si algo falta en él para decir y explicar lo que ambos dicen.

Los autores, cómplices y encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, que señalará préviamente el tribunal y subsidiariamente por las correspondientes á los otros.

Los párrafos 2.° y 3.° del 127, más claros en su redaccion que los análogos del Código de 1850, están muy en su lugar, quedando en ellos perfectamente redondeado el pensamiento de la ley.

Lo mismo debemos decir del principio que establece el art. 128—122 de los de 1848 y 1850—en aquello de que está obligado al resarcimiento, hasta la cuantía en que haya participado, el que por título lucrativo participe de los efectos del delito ó falta.

El aprovechamiento de estos efectos, con conocimiento de su orígen, significa el encubrimiento, al tenor del núm. 1.° del art. 16 y para este caso el 128 no tiene aplicacion.

El aprovechamiento ó participacion de buena fé y con ignorancia absoluta de la viciosa procedencia de la cosa, de que se participa ó aprovecha, no supone responsabilidad criminal de ningun género; pero no hay razon para que aquel, en cuyo favor resulta el lucro indebido, no responda civilmente hasta el importe en que lo obtuvo.

Este es el precepto de la ley.

Se ha sustraido, por ejemplo, un aderezo de piedras preciosas, que se han descompuesto, para evitar que el hecho se descubra.

Uno de los ladrones toma el mejor de sus brillantes, tasado en 2.000 reales y manda hacer una sortija, que regala á su novia y ésta la acepta, sin presumir ni sospechar que sea robada: otro, con dos esmeradas, tasadas en 500 reales, arregla una botonadura de camisa y se la ofrece á un amigo, que en igual concepto la recibe.

Pasado algun tiempo, se descubre el delito en todos sus detalles, y si las esmeraldas de la botonadura y el brillante de la sortija no parecen y no pueden ser restituidos; dada la insolvencia de los delincuentes, la novia y el amigo de cada uno de ellos estarán respectivamente obligados al resarcimiento, en cantidad de 2.000 reales la primera y de 500 el segundo.

Y aquí concluye el tít. 4.°, del lib. 1.° del Código de 1870, que trata de la responsabilidad civil, bajo los tres puntos de vista, en que acabamos de analizarla—restitucion, reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios—y aquí pondríamos nosotros tambien punto á su exámen, si no nos saliese al encuentro el art. 123 del Código de 1850, totalmente suprimido en el que hoy rige.

Por más que hemos procurado averiguar y descubrir el fundamento de esta omision, la razon de este silencio, no hemos podido dar con ellos.

Se trata de los casos, en que el Estado debe indemnizar al agraviado por un delito ó falta, si los autores, cómplices ó encubridores, carecen de medios para ello, y de este principio, lleno de moralidad y de justicia, que un eminente escritor contemporáneo ha considerado como *el desideratum de la justicia criminal*, en sus relaciones individuales, ha hecho caso omiso el Código actual.

Lo sentimos, lo lamentamos, y por la muchísima importancia de este asunto, que ya páginas más arriba hemos indicado, volvemos, en este lugar y con mayor insistencia, sobre él.

No ya solamente en el concepto de la insolvencia del culpable, sino en el de que el procesado lo haya sido injustamente, y perseguido y vejado sin motivo, y así se declare por sentencia firme, libremente absolutoria y con pronunciamientos favorables, en ámbos casos deberia el Estado ocurrir por su parte al desagravio.

Comprendemos ciertamente lo difícil, lo por hoy casi imposible de la realizacion del pensamiento; pero ésta no es, ni ha podido, ni ha debido ser excusa suficiente, para que el legislador, reconociendo, como no ha podido ménos de reconocer, la necesidad legal de su aplicacion, más ó ménos lejana, en algun dia, haya dejado de consagrarle algunas líneas.

Si el precepto es justo, siquiera las circunstancias actuales del país se muestren por ahora contrarias á que se consigne desde luego dentro

de la ley, establézcase al ménos para en adelante, segun lo hicieron los dos Códigos de 1848 y 1850, y llénese ese vacío; tanto más notable, cuanto que la omision, excepcion única de la doctrina comun, va á refluir precisamente en beneficio y provecho del Estado.

Ya lo hemos dicho con toda la extension necesaria, al hablar del artículo 20: y no siendo cosa de repetirlo, y puesto que á este título lo llevaron, como en oferta de futura indispensable ley, los dos Códigos citados, á cuanto entonces hubimos de manifestar nos remitimos.

No: el Estado no puede desentenderse de una obligacion, que los principios de la más sagrada justicia y de la más alta moralidad exigen de él.

Harto conocidas son las consideraciones, que acerca de este mismo punto escribió Benthan, para que tratemos de traerlas hoy en nuestro apoyo.

«Hay, efectivamente, algunos infelices—dice á este mismo propósito otro célebre jurisconsulto—que sumidos en una cárcel por la malignidad ó por el error, pasan allí las semanas, los meses y los años; hacen gastos exhorbitantes, para procurarse los medios de defensa; consumen enteramente su patrimonio; tienen ociosos unos brazos, que alimentaban á su mujer y á sus hijos, y logrando por fin el triunfo de su inocencia, vuelven extenuados de miseria y enfermedades al seno de una familia hambrienta é indigente.»

¡Qué verdad tan desgarradora y tan horrible! ¡Qué cuadro tan desconsolador!... ¡Qué pintura tan triste; pero por desgracia tan exacta, de la justicia de los hombres!

«¿Qué razon, pues—continúa—para que no se les resarzan, en cuanto sea posible, unos perjuicios que se le han causado sin su culpa? ¿Por qué, al tiempo de leerles la sentencia de su absolucion, no se les ha de entregar á nombre del soberano el importe de sus pérdidas? ¿Por qué no se les ha de sacar del estado miserable, á que injustamente han sido reducidos?»

Expusimos ántes la posibilidad de algunos fraudes, en perjuicio del Tesoro público, dada la insolvencia de los sentenciados; pero tambien señalamos los medios más fáciles de precaverlos y evitarlos, siendo el principal, entre ellos, la existencia cierta del delito y la averiguacion del delincuente, con cuanto más sobre el particular dejamos indicado.

No es, por lo tanto, que nosotros echemos solamente de ménos en el Código de 1870 el ofrecimiento de la ley especial, que hicieron los de 1848 y 1850, para los casos y forma en que el Tesoro debe indemnizar al agraviado por un delito ó falta; es que, en nuestro concepto, venida una nueva reforma, así como se regulan hoy, y se deslindan, y se explican

las responsabilidades subsidiarias relativas entre los particulares, deberian explicarse, deslindarse y regularse, por medio de los artículos necesarios, esas mismas responsabilidades, cuando se creyesen procedentes, entre los ofendidos y el Estado, cuando aquellos lo fuesen sin culpa ni motivo, á consecuencia de un delito ó por la equivocada accion de la justicia.

QUEBRANTAMIENTOS DE CONDENA.

No es nueva ciertamente entre los criminalistas la importante cuestion de si la ley del castigo social, el derecho de punicion, en su verdadera legitimidad, son extensivos á los casos, en que un reo, juzgado y sentenciado, quebranta su condena.

Todo castigo, dentro de ese derecho y de esa ley, presupone necesariamente una accion injusta, que el legislador ha previsto y que en defensa de la sociedad y del órden público, perjudicados por ella ú ofendidos, ha designado como motivo de la pena, que una vez descubierto, habrá de imponer el juez á aquel, que parezca ó resulte responsable.

Toda sentencia condenatoria lleva el objeto de la expiacion del crímen, en la persona del culpable, y la satisfaccion que con ella se dá á la sociedad, que fía á la ley penal su tranquilidad y su sosiego.

El que hurta, delinque; el que roba, quebranta el precepto que le ordena que no robe: el que asesina, comete uno de los crímenes más graves y más severamente castigados; pero ¿puede decirse de igual modo que este asesino, que atentó contra la vida de su semejante, y que por su delito ha sido sentenciado á sufrir veinte años de condena, que aquel ladron, que aquel hurtador, que atentaron contra la propiedad agena y fueron condenados á presidio, por sus respectivas infracciones; puede decirse, con propiedad y exactitud, que vuelven á incurrir en otra pena, diferente de aquella, y sobre aquella, que á cada uno le fué impuesta, porque buscan y hallan un medio de evadirse y sustraerse, por más ó ménos tiempo, á la accion de la justicia?

En los dos art. 129 y 130, que son los dos comprendidos en el capítulo 1.° del título 5.° del libro 1.° del Código de 1870, donde, con pequeñas é insignificantes diferencias, se establecen las mismas reglas que en el 124 de los de 1848 y 1850, está la contestacion afirmativa, de todo punto afirmativa, á la pregunta.

Quebrantar una sentencia, segun los tres, es delinquir, puesto que como delito se castiga el hecho; y sin embargo, el que tal hace, el que logra romper los hierros que le aprisionan y libertarse del sufrimiento que padece, ejerciendo un acto propio de la condicion humana, que la

conciencia no rechaza, que la moral no condena, que la ley divina no prohibe, ni ataca la seguridad, ni compromete la paz ó independencia del Estado, ni va contra el derecho de gentes ni contra la Constitucion, ni se revela, ni ejecuta actos de sedicion ó de resistencia á la autoridad, ni falsifica, ni mata, ni hiere, ni roba, ni hurta, ni estafa, ni causa daño alguno, ni incurre, por último, en ninguna de las sanciones penales determinadas en el libro 2.° del Código; y hé aquí que, á pesar de todo esto, no se libra de que se siga contra él un segundo proceso, que tiene su orígen en el primero, y se le imponga, sobre la primera pena, otra segunda.

Convengamos ante todo en que, si el quebrantamiento de sentencia es un verdero delito, sujeto para su castigo á un procedimiento criminal, por todos sus trámites sumarios, con su acusacion despues y su defensa; si es la infraccion de un precepto legal, ese lugar, en que el Código de 1870 le coloca, el mismo en que le colocaron los antiguos, no es el suyo propio.

El quebrantamiento de sentencia, sin embargo, no es delito.

No puede ser, en este concepto, justiciable un acto, que obedece á los sentimientos más propios del corazon, á los instintos más fuertes de la naturaleza, sin que haya en la mayor parte de los hombres —en todos los hombres, pudiéramos decir— suficiente virtud ni fuerza de voluntad bastante para resistirlos.

Pongamos el ejemplo de un mendigo hambriento—completamente hambriento—á quien se coloque al lado de una mesa, cubierta de suculentos manjares, dándole, si no absoluta libertad de accion, posibilidad, al ménos, para que en un momento dado pueda alargar la mano, tocarlos, cogerlos y comerlos, no sin haberle prevenido antes que si á comerlos llega, habrá de ser severamente castigado y desde luego se puede asegurar que habrá muy pocos, quizá ninguno, que por temor á la pena se contengan.

Y en verdad que tal castigo, por haber cedido á los naturales instintos de un hambre violenta, seria cruel, seria inhumano, seria impío.

La libertad del hombre, uno de sus más estimados derechos, el mejor y más codiciado de sus bienes, tiene tanta ó mayor influencia en su corazon, que cualquiera otra de las necesidades, que constituyen su existencia; y si encadenado quiere recobrarla, y con este pensamiento, fijo en su mente, halla, en su sagacidad, una ocasion y la recobra, no por esto se puede decir que ha delinquido.

Luego si no ha delinquido no debe sufrir pena.

Entiéndase, no obstante, que nos referimos á la pena impuesta por los tribunales, con las ritualidades propias del juicio criminal, por ser

este el carácter, que imprime al hecho la circunstancia de determinarse precisamente en el Código, en el lugar más propio ó ménos propio, el castigo relativo, en vez de haberlo consignado en los reglamentos para el régimen interior de los establecientos penales, como parecia en realidad más oportuno y conveniente.

Además, el libro primero del Código, huyendo del casuismo y fijándose únicamente en la forma genérica, artística y puramente científica del pensamiento, que luego se desarrolla en el segundo, se ha limitado á consignar y establecer las bases, que son la esencia de la materia criminal, como su punto de partida, pero sin deslindarlas todavía, sin analizarlas, sin señalar en concreto los delitos y sus penas y sin más, en fin, que exponer la filosofía de la doctrina, para ampliarla luego por detalles; viniendo, por lo tanto, á constituir un verdadero resúmen, una síntesis general de lo que es en sí, y de cómo se debe entender y de cómo, en todos los casos generales, se ha de aplicar la ley penal.

Si, pues, el quebrantamiento de sentencia se entiende y se ha de castigar como delito, allá debió haber ido, con sus penas respectivas, donde se trata de las evasiones de los presos, por ejemplo; y si aquí no, puesto que este delito, como todos los comprendidos en el título 7.° del libro 2.ª del Código, se refiere á los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos, allí donde más propio, más conveniente y oportuno hubiera parecido.

Sea de esto lo que quiera, que no han de ir nuestras poco autorizadas consideraciones más allá de esta lijera, acaso infundada, indicacion, aqui, donde en el Código lo hallamos, lo hemos de traer tambien á nuestro libro, para dedicarle en él, con la posible brevedad, por su ya larguísima extension, algunas líneas.

El quebrantamiento de condena, segun nuestro humilde juicio, y salvo el debido respeto á una sentencia del Tribunal Supremo, que citaremos en seguida, es la interrupcion, más ó ménos larga, y en cualquier concepto, de la pena, que empezó á sufrir el rematado.

Toda solucion de continuidad, en la extincion de un castigo, que tiene su tiempo fijo y determinado por la ley, supone y lleva en sí el quebrantamiento.

Doce años de presidio significan doce años seguidos, dia por dia, hora por hora, en cualquiera de los establecimientos destinados al efecto, con sujecion para el penado dentro del mismo á trabajos forzosos; y si antes de cumplir dicho plazo, subsistente la condena, logra evadirse y estar fuera un mes, una semana, un dia, la sentencia queda quebrantada.

Y así debe entenderse, aun cuando el rematado vuelva por su voluntad al establecimiento, de que salió indebidamente, siquiera lo verifique

dentro ó fuera de las veinticuatro horas; porque se dijeron doce años, y ese dia de ménos, esas horas de libertad, destruyen necesariamente la integridad de la sentencia.

Parécenos que esta doctrina es tan clara, que nada puede alegarse en contra de ella.

Pero hé aquí que cuando Máximo Ridaura, sentenciado por la audiencia de Valencia, en causa sobre quebrantamiento de condena á dos meses y un dia dia de arresto, que debia sufrir en la cárcel de Alcoy; despues de constituido en ella á dicho efecto, salió y entró y volvió á salir, y hasta otorgó fuera de ella instrumentos públicos, la Sala segunda del Tribunal Supremo, en el recurso de casacion, número 1.220 de 1874, que interpuso el Ministerio fiscal, dijo y declaró que no habia habido tal quebrantamiento.

Porque son condiciones esenciales del mismo la voluntad y el hecho, bien demostrados, de evadirse, eludiendo la pena ó haciéndola ilusoria: porque estas condiciones no concurrieron en Ridaura, que tenia abierta la puerta de su departamento, y sufria su arresto sin custodia alguna, y si salió, y volvió á salir, ello fué que regresó á la cárcel, despues de haber despachado sus diligencias; abusos, que si bien desvirtuaron, más ó ménos, los fundamentos de la sentencia, no por ellos podia decirse que habia sido quebrantada.

¡Abusos que desvirtúan una sentencia; es decir, que, más ó ménos, falsean su cumplimiento, que, más ó ménos, rompen su integridad, que, más ó ménos, es eludida por el reo, y que, sin embargo, no se hallan dentro del art. 129 del Código penal!

La autoridad de estas palabras, por su orígen, que nosotros, más que nadie, por nuestra posicion oficial, reconocemos y acatamos, detienen naturalmente nuestra pluma.

Ni aun siquiera nos permitimos pensar en la razon legal de no haberse mandado proceder contra el alcaide de la cárcel, por connivente, como se pidió por el Fiscal, cuando Máximo Ridaura, segun se consigna en la sentencia, tenia franca la puerta de su departamento, y sufria su arresto sin custodia alguna; aunque de suponer es, y de inferir lógica y seguramente, que cuando un sentenciado á la pena de arresto sale de su departamento y de la cárcel varias veces, y anda por la calle, y evacua diligencias propias, con la misma, idéntica libertad, que si estuviera en su casa, no quebranta la sentencia, mal puede ser el alcaide connivente de un delito, que no ha existido, por más que le haya franqueado, en esas diversas ocasiones, la entrada y la salida.

Dada esta doctrina, que no nos es permitido impugnar y combatir, y que no faltará quien invoque, en ocasiones análogas, el presidiario que,

teniendo habilidad para quitarse y ponerse su grillete, y que, con ó sin la voluntad ó tolerancia del comandante del establecimiento, sale de él, comete en la calle ó en el campo otro delito, como ya se han dado casos, y luego, al cabo de más ó ménos tiempo, vuelve voluntariamente, por más que todos estos hechos se le prueben, no ha quebrantado su sentencia.

¿Cuál es, pues, entónces el quebrantamiento verdadero? ¿Son posibles, son admisibles siquiera las soluciones de continuidad en las condenas?

Porque es el caso, que, dadas las premisas, no hay sino aceptar las consecuencias.

La cuestion no es de tiempo, es de unidad de accion y nada más.

Si el sentenciado á la pena de arresto, que sale de su encierro, para evacuar asuntos propios ó para pasearse por las calles, vuelve á la cárcel voluntariamente, al cabo de tres ó cuatro horas, y despues de haberse paseado á su gusto, no quebranta la condena, tampoco se podria sostener, que incurre por ello en nueva pena, si tarda en regresar una semana ó quince dias.

Volvemos á decirlo : consignado el principio, los detalles de tiempo, ocasion y lugar, no pueden destruirlo.

Nosotros, sin embargo, nos permitimos pensar, y seguir creyendo—salvos todos los respetos al tribunal sentenciador, en el recurso de Ridaura—que allí donde se interrumpe el cumplimiento indivisible—necesariamente indivisible—de toda condena, allí nace el quebrantamiento de la misma.

Y si no fueran bastantes las consideraciones, que acabamos de exponer, todavía vendria en ayuda nuestra el art. 130 del Código de 1870, que no existia en los anteriores, y que es muy importante, al propósito de la doctrina, que venimos sosteniendo.

El quebrantamiento de condena puede verificarse con violencia, intimidacion, resistencia, fractura de puertas ó ventanas, techos, suelos ó paredes, ó valiéndose el quebrantador de llaves falsas ó poniéndose de acuerdo con otros penados ó dependientes del establecimiento, y en cualquiera de estos casos tiene un carácter de mayor gravedad, que cuando se verifica sin alguna de las expresadas circunstancias.

Cuando los que sufren privacion de libertad se fugan de los establecimientos penales ó sus destacamentos, sin valerse de medios violentos ó reprobados, porque están en su arresto sin custodia, y ven la puerta abierta, ó por cualquiera otra falta de precaucion, quebrantan tambien su condena, por más que para estas ocasiones la ley haya sido mucho más benigna, limitando la correccion á la cuarta parte del recargo ó agravacion, que para los demás casos señala.

Y si con violencia sale el penado, y no regresa, ó sin violencia sale y vuelve, de ámbos modos la interrupcion se verifica, la unidad de accion se rompe, y la indivisibilidad de la sentencia se quebranta.

Dado, pues, este quebrantamiento, como nosotros lo entendemos, la correccion, que debia ser puramente gubernativa, segun ántes hemos indicado, y que hoy se halla subordinada á un nuevo fallo judicial, despues de todos los trámites del procedimiento, ha de sujetarse á las siete reglas contenidas en el art. 129 del Código de 1870, y á cuanto en el 130 se dispone.

La base de todas ellas es la mayor agravacion ó recargo en la pena, á que los quebrantadores hubiesen sido sentenciados.

Tres años de las mayores privaciones se fijan en la primera, para los sentenciados á cadena ó reclusion, sin que proceda el indulto, pasados treinta años, segun el art. 29, respecto de aquellos, que lo hubiesen sido á perpetuidad, hasta que hayan cumplido la agravacion, en la pena que les hubiese sido impuesta.

Una observacion nos ocurre, respecto de la regla segunda, como consecuencia necesaria de nuestra opinion, en aquello de que el presidio y la prision menores deben volver á figurar en nuestro Código.

Cuando la prision correccional no ha de pasar, como no pasaba ántes, de tres años, ocioso es fijar este límite, segun el Código de 1870, respecto de los sentenciados á relegacion ó extrañamiento.

Tambien, y por la misma razon, habria de aumentarse una regla octava en esta forma:

Los sujetos á la vigilancia de la autoridad, que falten á las reglas que deben observar, serán condenados á la pena de arresto mayor en su grado medio.

Añadimos esto del *grado medio*, que no decian los Códigos de 1848 y 1850, de donde esta regla hemos copiado, tanto para fijar el límite de la agravacion, segun en los demás casos se ha hecho, como para simplificar su inteligencia y aplicacion; toda vez que el quebrantamiento de las prescripciones, que regulan la sujecion á la vigilancia de la autoridad, no parece ocasionado á vicisitudes que agravên el hecho ó lo atenúen.

PENAS DE LOS QUE DELINQUEN

DESPUES DE SENTENCIADOS POR EJECUTORIA, O EN OCASION DE EXTINGUIR OTRA CONDENA.

Cuando el objeto de la ley penal, sujetándose á la naturaleza y gravedad del hecho, que castiga, es precisamente el de buscar y hallar la proporcion relativa posible entre el mal que se causa, la inmoralidad que de él resulta, y la expiacion, á que el culpable ha de someterse, nada más propio y preciso, como complemento de sus preceptos, determinadas ya las circunstancias genéricas, y dadas las reglas de agravacion, para los que quebrantan sus condenas; nada más preciso, propio y conveniente que el señalamiento, en concreto, de la responsabilidad, en que incurren los que, despues de haber sido condenados por sentencia firme, no cumplida, ó durante el tiempo de su cumplimiento, cometen un nuevo delito.

A esta conveniencia y á esta necesidad ha ocurrido, pues, el Código de 1870, en las tres reglas de su art. 131, simplificando en mucho y aclarando las cuatro, que al mismo propósito contenian los de 1848 y 1850—en el 125—que ha sido muy atinadamente reformado.

La agravacion de la pena, para aquel que despues de sentenciado por un delito, delinque nuevamente, está aceptada en la mayor parte de las legislaciones extranjeras, si bien el sistema, que en cada una de ellas se adopta ó se sigue, es diferente.

Mientras en unas se eleva á la inmediata superior, inclusa la de muerte, en otras se excluye siempre ésta.

Incurrirá en reincidencia—decia el Código de Napoleon, en su artículo 78— *todo el que despues de haber sido condenado por un crímen cometa un crímen nuevo.*

Esta reincidencia, sin embargo, segun sus prescripciones subsiguientes, producia un efecto mucho más duro que la mera circunstancia genérica agravante, puesto que elevaba la pena al grado inmediato superior.

El Código español de 1870 ha concretado la cuestion en esta breve fórmula, que es la regla 1.ª de su art. 131 antes citado.

Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito ó falta.

No hay necesidad de más.

Si el delito que el sentenciado ó rematado comete es de los que el Código castiga con la pena de cadena perpétua á muerte, la agravacion se elevará hasta esta segunda; si no tiene señalado más que arresto, el arresto, en su grado máximo, será el que le deba ser impuesto.

En aquella regla primera está, por consiguiente, condensada toda la doctrina.

Y claro es que, cuando de esta circunstancia especial nace la agravacion del castigo, en la forma referida, preciso debe ser, para su aplicacion, tener en cuenta la naturaleza y efectos de la pena, que por el delito nuevo ha de sufrirse, á fin de que, si es posible, sea su cumplimiento simultáneo, como para caso análogo se dispone en el art. 88; estándose al órden de su respectiva gravedad, si aquello no pudiese ser, como en la regla 1.ª del art. 89 se establece, que son los dos, á que la 2.ª del 131 se refiere.

La regla tercera contiene, además, otro precepto, que en los Códigos anteriores no existia y que nos parece, en su primer extremo, humanitario, cuando ménos, por lo que, y por su justicia, en el segundo, consideramos, bajo sus dos distintos conceptos, aceptable.

Tal puede ser por su conducta, ó por otras circunstancias de perversidad y mala índole, la situacion, en que se encuentre el rematado, que siendo septuagenario, no sea digno de que se le perdone y se le indulte.

En otro caso, si á los setenta años hubiese cumplido ya su condena primitiva, ó cuando, despues de esa edad, llegue á cumplirla, la ley le hace gracia del cumplimiento de la agravacion y le concede indulto de ella.

Algo más dijimos acerca de esto, cuando tratamos de la duracion de las penas, que no hay necesidad de repetir, sin que tampoco creamos necesaria más detencion en el estudio de este artículo, cuya inteligencia es de suyo clara y fácil.

EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Siete son las maneras, por las cuales, segun el art. 132 del Código de 1870, la responsabilidad penal puede extinguirse.

La muerte del culpable es la primera.

En esta parte, bien está la indicacion, no por ella en sí, que desde luego ocurre y no puede menos de sobrentenderse en tales casos; sino por la distincion, que respecto de la responsabilidad pecuniaria, se establece en el precepto.

Si el fallecimiento del delincuente acontece durante el procedimiento, sin que todavía haya recaido en él sentencia firme, no se da reclamacion civil contra sus causa-habientes: si se ha dictado fallo ejecutorio, la responsabilidad pecuniaria no se extingue y habrán de responder sus herederos.

La segunda es el cumplimiento de la condena.

Nada hemos de hablar acerca de esta.

Cuando uno paga lo que debe, nada más se puede exigir de él.

La amnistía y el indulto son las dos siguientes.

En cuanto á la primera, sabido es que borra por completo la pena y extingue todos sus efectos: en cuanto al segundo, la ley penal vigente lo ha subordinado á una condicion indispensable, que si no restringe en absoluto todas sus consecuencias, modifica de una manera parcial, aunque no muy importante, uno de sus resultados.

Para que el indultado pueda habitar en el mismo lugar, en que habite el ofendido, es necesario que éste lo consienta; derecho ó facultad que le otorga la ley por todo el tiempo, que, de no haber mediado el indulto, hubiera durado la condena.

El Código francés de instruccion—en su art. 635—prohibia expresamente que el reo, aun con el consentimiento del ofendido, residiera ó habitara en el mismo punto que éste, ó donde sus herederos directos, por más que la pena impuesta por sentencia firme hubiese ya prescrito.

En los delitos privados, que solo pueden perseguirse á instancia de parte, el perdon del agraviado, segun se dijo al hablar del art. 24, ex-

tingue, á su vez, la responsabilidad criminal, como la extingue la prescripcion de los delitos y tambien la de las penas.

A esta última se limitaron los Códigos de 1848 y 1850, en su artículo 126, tít. 6.°, como base de la extincion de la responsabilidad penal, sin duda porque entendieron, como antes hemos indicado, que esos otros modos, que dejamos señalados, se revelan por sí solos.

Creemos, sin embargo, que aun cuando así fuese, siquiera por estas últimas aclaraciones, el art. 132 del Código de 1870 no huelga ni es ocioso; tanto menos, cuanto que tambien se habla en el de la prescripcion de los delitos; estableciendo luego en el 133 varias reglas, para su aplicacion, que no existian en los Códigos antiguos.

Tanto prescriben, pues, las penas como los delitos.

Y en verdad que no hay razon legal, para que, aceptado el principio, en un caso, no sea aceptable de igual modo en el otro.

Juzgada la cuestion en absoluto y dentro de sus dos conceptos indicados, algo parece como que se aparta y desvia de cuanto se debe á la permanente é inalterable rectitud de la justicia todo eso de que, dada la existencia positiva de un delito y la existencia tambien positiva de una pena impuesta por sentencia firme, la accion del tiempo, más ó ménos larga, sea bastante para hacer desaparecer la responsabilidad, en uno ú otro sentido contraida.

Y sin embargo, por más que hasta cierto punto repugne al buen sentido, y contradiga, en cierto modo, los principios universales, á que esa misma justicia responde, la accion del tiempo, por su virtud propia é ineludible, es tan fuerte, que no hay en la naturaleza constitucion ó condicion de vida, que pueda resistirla.

La accion del tiempo es la disolucion sucesiva de todos los séres, animados ó inanimados; de todos los sentimientos, de todas las pasiones, que á su destructora influencia viven sometidos.

Bajo este punto de vista incuestionable, los delitos, aterradores ayer, las penas, ejemplares hoy, dentro de más ó ménos años, si no precisamente dados al olvido, pierden, de seguro, toda su importancia.

Más ejemplar y provechoso es todo castigo, miéntras más inmediato va á la mala accion, que lo produce.

Pongamos sobre el cadalso á un hombre, que acaba de cometer un cuantioso robo, acompañado de un horrible asesinato, con otras muy agravantes circunstancias, y nadie seguramente tendrá compasion de él.

Pero dejemos pasar diez, quince, diez y ocho años, y siendo el mismo doble delito, motivo de la pena capital, el cometido, pocos serán los que no vean con repugnancia la inoportunidad del suplicio y la ineficacia del castigo.

La ley moderna no ha podido ménos de tener esto muy en cuenta, y de aquí el art. 133 del Código de 1870, que en los otros de ántes no se puso.

Prescriben, por tanto, los delitos, á los veinte años de cometidos, cuando son de aquellos, que se castigan con la muerte ó la cadena perpétua; á los quince, en los casos de cualquiera otra pena aflictiva, y á los diez, si es correccional.

En los de calumnia, la prescripcion se obtiene al año; en los de injuria, á los seis meses, y en las faltas, á los dos.

Por decreto de 1.° de Enero de 1871 se dispuso que se hiciese una edicion oficial del Código de 1871—que aún no ha llegado á hacerse—con las correcciones, que se expresaron en el mismo, y entre otras figuraba una, relativa á ese párrafo del art. 133, que desde luego nos parece aceptable, porque mejora y aclara el pensamiento, viniendo á decir de esta manera:

Exceptúanse los delitos de calumnia é injuria, y los comprendidos en el art. 582 *de este Código, que prescriben, al año los primeros, á los seis meses los segundos, y á los tres los últimos.*

El art. 582 habla de la provocacion directa, por medio de la imprenta, grabado ú otro medio mecánico, á la perpetracion de cualquiera de los delitos, que el Código comprende.

Obsérvase, pues, que segun ese apéndice de reforma, de carácter oficial, puesto que ha sido publicado en la *Gaceta,* no se dá la prescripcion para las faltas, que ántes se podia obtener á los dos meses.

Hablando no hace mucho tiempo de esta disposicion con un antiguo y querido compañero, hoy digno magistrado de una audiencia, nos hubo de indicar cierta duda, ocurrida en la misma, que en nuestro concepto no lo es, y acerca de la cual bien serán cuatro renglones.

Mientras el expresado decreto de 1.° de Enero de 1871, reformando el art. 133 del Código vigente, para el caso de una nueva edicion oficial, nos dice que los delitos de calumnia prescriben al año y á los seis meses los de injuria, la ley de Enjuiciamiento criminal, parte en suspenso hoy, parte en vigor, dispone, en su art. 179, que la querella por esta clase de delitos se entienda abandonada, cuando el que la hubiese interpuesto dejare de instar el procedimiento, dentro de los cinco dias siguientes á la notificacion del auto, en que lo hubiese acordado el tribunal.

Y al efecto, añade, en un segundo párrafo, y dispone que á los cinco dias de paralizada la causa, por falta de gestion del querellante, debe

el juez mandarle de oficio que pida lo que entienda convenir á su derecho.

Pues hé aquí que el querellante, por voluntad propia ó por imposibilidad del momento, ó por cualquiera otro motivo, deja pasar ese breve plazo, y el juez declara y tiene por abandonada la querella, con arreglo al citado art. 179 de la ley de Enjuiciamiento criminal, ¿se habrá de entender que nace la prescripcion, dada la disposicion concreta y precisa del Código que—segun el delito—fija el tiempo de un año ó de seis meses para ella?

¡Contradicion! — dicen en la audiencia referida — Contradicion evidente, porque mientras el Código nos contesta terminantemente que *no*, la ley de Enjuiciamiento nos contesta con fuerza igual que *sí*.

Porque tanto importa que la prescripcion provenga del abandono, por espacio de cinco dias, de la querella, como del lapso de un año ó de seis meses, sin que se haya deducido, puesto que el resultado es igual para el culpable.

Luego la prescripcion, que, por los medios que establece el Código, no se puede obtener, en los delitos de calumnia é injuria, sino trascurridos el año ó los seis meses, que aquel marca, segun la ley de Enjuiciamiento criminal se obtiene á los cinco dias, en uno y otro: luego no hay conciliacion posible, dentro de estas dos disposiciones encontradas.

Porque el orígen, en ambos casos, y la razon son unos mismos: porque si el juez, pasados cinco dias, sin gestion por parte del querellante, declara abandonada la accion, y el delito se entiende prescrito, falta abiertamente al Código, y si se atiene á éste, no puede declarar decaido á aquel de su derecho.

Por más que, á primera vista, esta deduccion parezca ser exacta y que hay en ella mucho de verdad, la inteligencia, la interpretacion recta de ambos preceptos son, á nuestro parecer, bastante claras, y la cuestion debe reducirse al punto de si, abandonada la accion por el querellante, en virtud del lapso de los cinco dias, que no supone la prescripcion, dados los términos del Código, puede renacer cuando, dentro del año, en el delito de calumnia, ó de seis meses, en el de injuria, la deduce de nuevo, ó si, pasado aquel término, pierde el querellante completamente su derecho.

Segun los principios generales, á que hemos de apelar, para la más acertada solucion de este problema, este último extremo de la proposicion, dado el precepto, parece incuestionable.

Una cosa es el abandono voluntario de la accion, que nace del libre albedrío del actor y supone su renuncia ó desistimiento, y otra distinta la prescripcion, en favor del culpable, por los medios reconocidos en la

ley, por más que no deje de ofrecer cierto contraste poco lógico eso de que, por un lado, pueda lograrse á los cinco dias lo que, por otro—siendo una misma cosa— solo se pueda conseguir á los seis meses ó al año.

Véase el resultado en uno y otro caso, y, como dejamos indicado, no podrá negarse que es idéntico.

Pero tampoco es posible desconocer—y esta es la verdadera explicacion —que la prescripcion se obtiene por ministerio de la ley, trascurrido el tiempo que ella determina; y segun la de Enjuiciamiento criminal, es consecuencia de un procedimiento, que abrevia el plazo, excluye toda responsabilidad para el querellado, hace nacer la civil, relativamente á las costas, y la lleva sobre el querellante indolente ó malicioso, que entabla su accion, y por cualquier motivo no quiere luego proseguirla.

No cabe, pues, entenderse que ambas disposiciones se excluyan; puesto que siendo enteramente distintas, y por más que vayan á un mismo fin, son aplicables en ocasiones y casos muy diversos.

Y tal hemos apuntado, no por lo que ello en sí tenga de oscuro ó sea difícil de entender —que es bien sencillo— sino para venir á parar á la opinion de algunos, para quienes, dado el art. 179 de la ley de Enjuiciamiento criminal, tanto es necesario ponerlo en perfecta armonía con el 133 del Código penal que, aunque hayan trascurrido el año ó los seis meses, que respectivamente marca este segundo, sin la declaracion del juez, con arreglo al primero, no se obtiene la prescripcion, que á los delitos de calumnia ó injuria se refiere.

Aunque no nos habria sido muy difícil haber traido á estas páginas algun documento oficial, donde esa interpretacion se halla consignada, ni nos ha parecido conveniente ni más hemos querido que indicarla, puesto que por sí sola, ella misma se combate.

Insistimos en cuanto sobre el particular dejamos consignado más arriba.

Esto aparte, el citado art. 133, que, en este ó en aquel concepto, tales reglas establece, no determina precisamente las condiciones esenciales de la prescripcion de los delitos, en sus casos respectivos, si bien de la excepcion contenida en su último párrafo pueden inferirse.

Expliquémoslo.

Se comete, por ejemplo, un robo con homicidio, cuyo autor no se descubre, y trascurren veinte años, sin que nada, respecto de él, se haya logrado averiguar.

El delito prescribe y no puede en adelante perseguirse.

Pero hé aquí que á los diez años se llega á presumir el nombre del culpable y se comienza á proceder contra él, recayendo despues auto de

sobreseimiento provisional, porque no se ha comprobado la verdad ó exactitud de la sospecha.

El tiempo de la prescripcion, que fué y quedó interrumpido por la instruccion de la causa, comienza á correr de nuevo desde la fecha del auto de sobreseimiento, hasta veinte años despues, que en tal caso, su man treinta.

No es, sin embargo, que se sobresea provisionalmente, por no ser conocido el autor del doble crímen, sinoque, por causas independientes y agenas de su voluntad, se paraliza el procedimiento.

En este otro caso la prescripcion interrumpida arranca nuevamente de esa paralizacion involuntaria, por parte del culpable, comenzando á surtir sus efectos desde el dia, en que aquella ocurre.

Este precepto no reza para con los procesados que lo han sido en rebeldía.

Por lo demás, el término para la prescripcion de los delitos empieza á contarse desde el dia de su perpetracion, si esta es desde luego conocida, ó desde aquel, en que se descubre y se procede judicialmente, para exclarecerlo y castigarlo.

En los delitos de pena compuesta debe estarse á la mayor, para regular los años que, á los efectos de la prescripcion, deban exigirse.

Si de cadena temporal—pongamos por caso—en su grado medio, á cadena perpétua, que es la que el art. 136 del Código de 1870 señala para los delitos de traicion, claro es que esta última será la que sirva de base, por cuya razon habrán de exigirse veinte años.

Si de presidio correccional, en su grado máximo, á presidio mayor, en su grado medio, serán necesarios diez años, puesto que por este segundo habrán de regularse.

Para la prescripcion de las penas, el tiempo exigible, segun su respectiva naturaleza, es el mismo que para la prescripcion de los delitos.

Veinte años, para las de muerte y cadena perpétua; quince, para las demás aflictivas; diez, para las correccionales y uno nada más para las leves.

Conformes en esta parte el art. 134 del Código de 1870 y el 126 de los de 1848 y 1850, se diferencian, no obstante, de una manera notable, en sus disposiciones subsiguientes.

Tanto estos, como aquel, admitiendo la prescripcion de las penas, han ido, en esta parte, mucho más lejos que el Código español de 1822, segun el cual—en su art. 178—dada sentencia final en un proceso, no habia lugar á la prescripcion en tiempo alguno.

Esta misma es la doctrina, que se sigue en el Brasil, cuyo Código—

artículo 63—dispone y determina que las penas impuestas á los delincuentes no prescriben.

Algunos autores han considerado demasiado largo el plazo, que relativamente ha fijado la ley, para que puedan prescribir las penas y, sin embargo, entre la antigua negacion absoluta de ese derecho y la posibilidad actual de conseguirlo, despues de más ó ménos años, la diferencia es importante.

Por otra parte, si los plazos de la prescripcion fueran más cortos, habria más facilidad y mayores medios de eludir el cumplimiento de las ejecutorias; circunstancia, que no se ha de perder de vista y que el legislador ha tenido muy en cuenta, como tuvo las demás condiciones, que ha establecido con ese mismo objeto.

Es verdad que los Códigos de 1848 y 1850, en su citado art. 126 y en el 127, fueron, en cierto modo, menos exigentes que el moderno; pero aceptamos, como más conveniente, en nuestra opinion, lo que éste determina.

Segun aquellos, la prescripcion comenzaba á contarse desde el dia de la notificacion de la sentencia ejecutoria, siendo cláusula precisa ó condicion indispensable, que el sentenciado no cometiese otro delito, durante el término de ella ni se ausentase de la Península é islas adyacentes.

El Código de 1870 exige, ante todo, como base de la regulacion del tiempo, que ha de trascurrir, para la prescripcion de la pena, *la notificacion personal al reo* de la sentencia firme, en que le hubiere sido impuesta.

Notificacion personal al reo.

El art. 56 de la ley de Enjuiciamiento criminal dispone que las notificaciones puedan practicarse á los procuradores de las partes.

Este es el precepto terminante, sin excepcion de ningun género.

Habla el mismo artículo de las citaciones y emplazamientos, y exige *citacion personal*, en los casos que excluye de la regla comun; pero limitándose taxativamente á las citaciones, y prescindiendo de las notificaciones y de los emplazamientos.

¿Debe, pues, entenderse la ley en el sentido de que basta la notificacion al procurador de la parte, para que surta sus efectos legales, respecto de la prescripcion de las penas, como si se hubiera hecho en persona al mismo interesado?

La real órden de 8 de Abril de 1863, al tratar de esta misma materia, disponia, en su número segundo, que «la legislacion existente, reconocida y repetidamente declarada, era que las sentencias de las segundas instancias, como no fuesen por sí mismas ejecutorias, no debian notificarse personalmente á las partes, sino á sus procuradores, haciéndo-

se únicamente á aquellas, cuando fuesen ejecutorias, para su cumplimiento; *aprovechándoles, sin embargo, y perjudicándoles respectivamente, la notificacion hecha al procurador para todos los efectos legales.*

De manera que, estudiada y atendida la letra, tanto de la antigua disposicion, en su parte final, que modifica en cierto modo la primera, como de la disposicion moderna, contenida en el primer párrafo del artículo 56 de la ley de Enjuiciamiento criminal, la notificacion de la sentencia firme al procurador de un procesado, con relacion á la pena impuesta, debe tenerse por bastante para comenzar á contar el tiempo de su prescripcion, en los términos que quedan expresados.

Y, sin embargo, si con arreglo á los Códigos de 1848 y 1850 esta interpretacion no podria ofrecernos duda alguna, en el de 1870 es indispensable entenderla de otro modo.

El tiempo de esta prescripcion —dice— *comenzará á correr desde el dia, en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, ó desde el tiempo de la condena, si hubiese ésta comenzado á cumplirse.*

No cabe incertidumbre.

Ante este tan terminante precepto, ni la real órden de 8 de Abril de 1863, que es anterior, y que á mayor abundamiento, respecto de los fallos ejecutorios, exige *la notificacion personal*, siquiera modifique despues ó reforme en su conclusion ó enmiende el pensamiento, ni el artículo 56 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que es posterior, pero que no lo contradice, y que sin violencia hasta pudiera considerarse incluido, por analogía, en sus dos casos de excepcion, tienen contra él fuerza ni eficacia alguna.

Entendemos, por lo tanto, que no puede aspirar á la prescripcion de la pena, que por sentencia firme le haya sido impuesta, aquel, á quien no se notifique personalmente, lo mismo si no empezó á cumplir la condena, como si, empezada, la hubiese quebrantado.

En uno y otro caso, segun la más recta inteligencia de el art. 134 del Código de 1870, la base de la prescripcion es la notificacion personal al sentenciado.

Y no hay que discurrir mucho, para dar en la razon, que el legislador moderno ha tenido, al establecer esta justísima exigencia.

Si bastase la notificacion al procurador del procesado, pudieran discurrirse fáciles abusos, que eludieran, en parte, ó desvirtuaran, ó destruyeran las condiciones esenciales del precepto; y esto es precisa y cabalmente lo que se ha tratado de evitar.

La prescripcion de las penas se interrumpe, aun cuando, dentro de sus condiciones propias, pueda principiar de nuevo, y la cuenta del tiempo trascurrido se borra y queda sin efecto, cuando el reo se presenta ó es habido; cuando emigra á país extranjero, con el que no exista tratado recíproco de extradicion, ó, habiéndolo, no comprenda el delito motivo de la pena; cuando, antes de completar los años de la ley, comete un delito nuevo.

Con otro artículo, que los Códigos de 1848 y 1850 no contenian, pone fin á su primer libro el hoy vigente, y con él lo ponemos nosotros tambien á este tomo primero de esta nuestra obra, que más lleva, por cierto, de larga que de docta; pero en cuyo resultado bien podemos asegurar que ni tal ha sido nuestra intencion, ni tal nuestra voluntad, ni tal nuestro deseo.

Y aun comprendemos que muchas cosas más nos quedan y dejamos por decir.

La responsabilidad civil, nacida de los delitos ó faltas—dice el art. 135—*se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujecion á las reglas del derecho civil.*

Más bien que un precepto concreto é indispensable, dentro de la ley penal, supone y significa este artículo una advertencia ó indicacion, con referencia á esas mismas reglas del derecho civil, á las cuales quedan sujetas todas las obligaciones de esta índole, siquiera provengan de una falta ó de un delito.

Habiéndose tratado extensamente, y cuanto ha sido necesario, en los artículos 18, 121 y demás comprendidos en el tít. IV, de la responsabilidad civil, bajo sus diversos conceptos, si bien no creemos que la disposicion final, que analizamos, sea precisa, tampoco la consideramos de todo punto ociosa.

De entender sería, en todo caso, y aun sin ella, que tratándose de una obligacion meramente civil, á las disposiciones del derecho comun se habrian de atener los tribunales, para resolver toda duda, que acerca de su extincion pudiera suscitarse.

Entre la parte agraviada por un delito—verbi-gracia—y los herederos del delincuente, que falleció, despues de haber sido condenado por sentencia firme, existe una obligacion civil recíproca, que solo puede ventilarse y solo puede extinguirse con sujecion á las reglas del derecho comun y fuera ya de toda contienda criminal; como es obligacion civil tambien la que nace para con aquellos, respecto de los letrados y procuradores, que representaron y defendieron al culpable.

Si alguno de estos, no ejercitando la accion, que pudiera corresponderle, dejara pasar los tres años marcados, sin reclamar sus honorarios, los causa-habientes del finado podrian sostener con razon que la responsabilidad civil, proveniente del delito, habia desaparecido por la prescripcion, segun la ley 9.ª, tít. XI, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, que ni aun siquiera puede renunciarse.

Esto entendemos, pues, del art. 135, último del lib. 1.° del Código de 1870, que si no es necesario, como no se creyó en los anteriores de 1848 y 1850, no por eso deja de servir de complemento á la doctrina, sobre extincion de la responsabilidad penal, dada esa distincion relativa que expresa, y que aquí, aunque tan ligeramente, dejamos apuntada.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE GENERAL.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.

AUTORES, CÓMPLICES, ENCUBRIDORES.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

DE LAS PENAS.

DURACION DE LAS PENAS.

EFECTOS DE LAS PENAS.

APLICACION DE LAS PENAS.